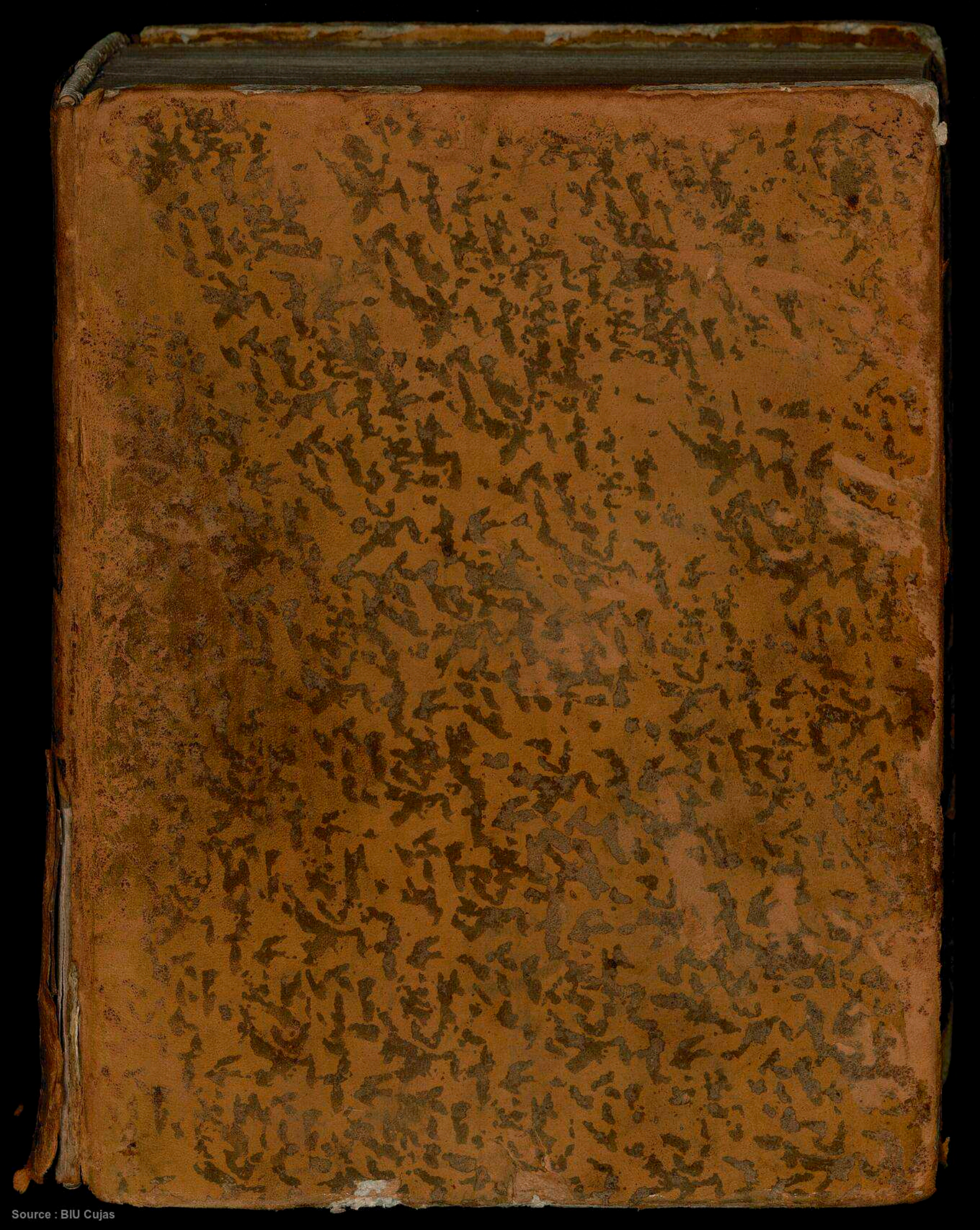
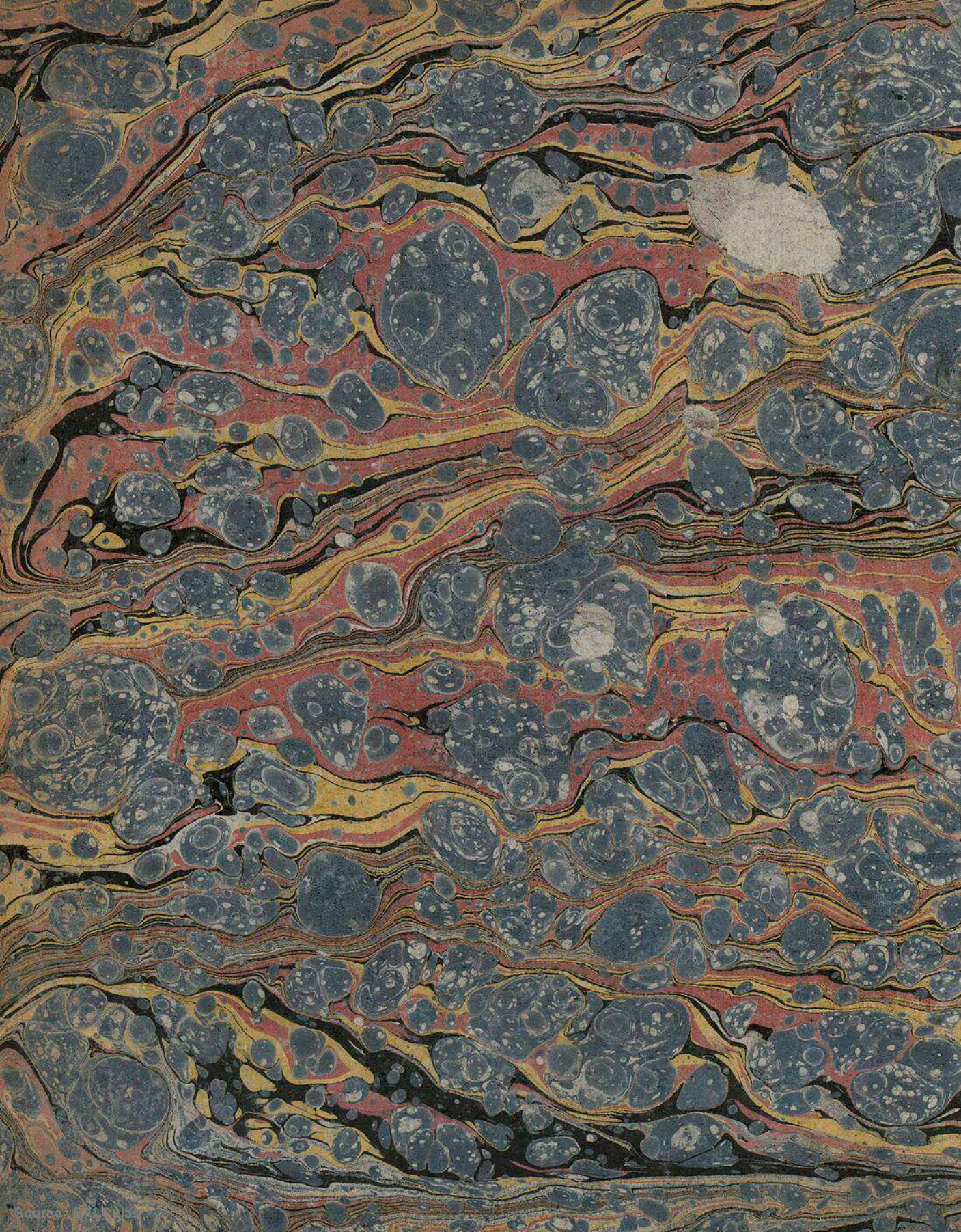
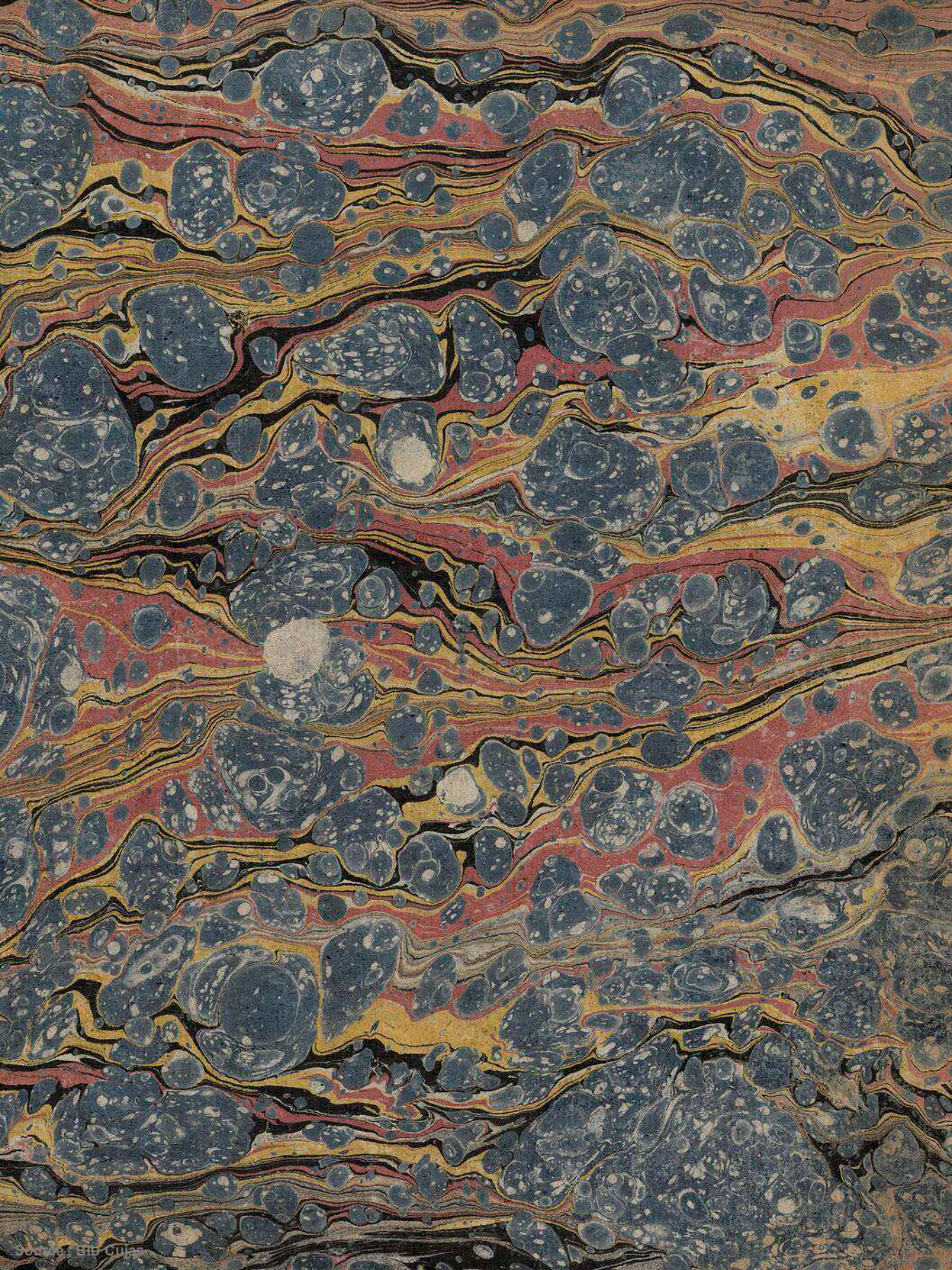


Source : BIU Cujas





8__3

Source : BIU Cujas

13,182

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

TOME SEPTIÈME.

Source : BIU Cujas

ERRATA.

Tome 6, page 481, col. 1, après la ligne dernière, *ajoutez:* [[*V.* l'arrêté du gouvernement du 13 nivose an 10, rapporté au mot *Scellé.*]]

Tome 7, page 165, col. 2, ligne 9, *au lieu* de n. 24 et 26, *lisez*, n. 27.

Source : BIU Cujas

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

TROISIÈME ÉDITION,

CORRIGÉE, réduite aux objets dont la connaissance peut encore être utile, et augmentée 1°. d'un grand nombre d'Articles, 2°. de Notes indicatives des changemens apportés aux Lois anciennes par les Lois nouvelles, 3°. de Dissertations, de Plaidoyers et de Réquisitoires de l'Éditeur sur les unes et les autres;

Par M. MERLIN, Conseiller d'État, Procureur-Général-Impérial à la Cour de Cassation, Commandant de la Légion d'Honneur et Membre de l'Institut de France.

TOME SEPTIÈME.

LÉGITIM – MARC.



A PARIS,

CHEZ GARNERY, rue de Seine, faubourg S. Germain, hôtel Mirabeau.

1808.

Source : BIU Cujas

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

TROISIÈME ÉDITION,

Corrigée, réduite aux objets dont la connaissance peut encore être utile, et augmentée : 1°. d'un grand nombre d'Articles ; 2°. de Notes indicatives des changemens apportés aux Lois anciennes par les Lois nouvelles ; 3°. de Dissertations, de Plaidoyers et de Réquisitoires de l'Auteur sur des unes et les autres ;

Par M. MERLIN, Conseiller d'État, Procureur-Général-Impérial à la Cour de Cassation, Commandeur de la Légion d'Honneur et Membre de l'Institut de France.

TOME SEPTIÈME.

LEGITIM-MARC.

Bibliothèque de la Ville de Saint-Omer

A PARIS,

Chez GARNERY, rue de Seine, Faubourg St.-Germain, Hôtel Marbeuf.

1808.

Source : BIU Cujas

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

LÉGITIME.

LÉGITIME. C'est une portion que la loi donne à certains héritiers présomptifs dans des biens qu'ils auraient recueillis en totalité, sans les dispositions que le défunt en a faites à leur préjudice; c'est un remède introduit contre les libéralités indiscrètes de ceux qui doivent naturellement pourvoir à la subsistance de leurs successeurs *ab intestat*; c'est un secours nécessité par la nature et réglé par la loi.

Cette matière, dont un usage journalier fait sentir l'importance, exige beaucoup de détails : voici l'ordre dans lequel nous nous proposons de ranger les principes qui y sont relatifs, et de discuter les questions qu'elle présente. — 1° De l'origine de la Légitime. Est-elle reçue par-tout? — 2° De la nature de la Légitime. — 3° Quelles sont les personnes à qui la Légitime est due? — 4° En quels cas y a-t-il ouverture à la demande de la Légitime? — 5° Comment ceux qui ont droit de Légitime peuvent-ils en être exclus? — 6° Quelle est la quotité de la Légitime? — 7° Peut-on diminuer ou charger la Légitime? — 8° De la liquidation de la Légitime. — 9° Du paiement de la Légitime. 10° Des actions concernant la Légitime.

On verra à l'article *Prétérition*, à quel titre la Légitime doit être laissée à ceux qui en ont le droit.

[[Dans tout cela, il ne sera question que de la Légitime de notre ancien droit. Celle que le Code Napoléon lui a substituée, fera la matière des articles *Portion indisponible* et *Réserve*.]]

SECTION I. *De l'origine de la Légitime. Est-elle reçue par-tout?*

I. La loi qui accorde la Légitime aux enfans, peut être appelée *non scripta sed nata lex*; elle est née, pour ainsi dire, avec l'espèce humaine; elle a précédé toutes les constitutions civiles et politiques, et c'est la nature elle-même qui l'a gravée dans le cœur de tous les pères. On sent en effet que nourrir l'enfant auquel on a donné le jour, et lui laisser de quoi se procurer à lui-même des alimens lorsqu'on ne pourra plus lui en fournir, sont deux devoirs liés intimement entre eux, et dont l'un est la conséquence nécessaire de l'autre.

Il fut cependant un temps où les Romains parurent méconnaître ces devoirs sacrés : leur fondateur leur avait donné un pouvoir absolu de vie et de mort sur leurs enfans : souverains dans leurs familles, et plus despotes que pères, ils n'écoutaient que cette fureur de commander qui formait leur caractère dominant; et non contens de se livrer à ces impressions pendant leur vie, ils trouvèrent encore le moyen de régner, après leur mort, sur toute leur postérité. La loi des douze tables leur permit de disposer par testament de tout leur patrimoine, et par-là de préférer des étrangers à leur propre sang. Si cette permission était injuste, elle était du moins conséquente : puisque les pères avaient alors le droit d'ôter la vie à leurs enfans, ils devaient à plus forte raison avoir celui de les exclure de leur succession sans cause et sans motif.

Mais bientôt la férocité romaine fut adoucie par les peuples mêmes qui en avaient été les victimes, et ces excès d'autorité furent renfermés dans les bornes de la justice et de la raison. Le droit de vie et de mort fut réduit à une simple correction, à un châtiment modéré, et l'on soumit à un tribunal supérieur l'usage que le père faisait de sa faculté de tester. Lorsqu'il avait abusé de cette faculté, lorsqu'il avait lancé témérairement la foudre de l'exhérédation, on regardait son testament comme l'effet d'une passion aveugle, ou comme l'ouvrage d'un esprit dérangé, et l'on permettait aux enfans de l'attaquer par la *querelle d'inofficiosité*.

Ces plaintes devenant excessivement fréquentes, on chercha le moyen de les rendre plus rares; et comme on avait accordé aux héritiers étrangers le bénéfice de la falcidie et de la trébellianique, on

Source : BIU Cujas

crut devoir aussi donner aux enfans une certaine portion des biens de leur père, qui fût indépendante de sa volonté, et deferée uniquement par le ministère de la loi. On ne sait pas précisément quel fut l'auteur de cette innovation. Cujas, en ses *observations*, liv. 3, ch. 7, l'attribue à l'empereur Marc-Aurèle; et il se fonde sur un passage de l'Histoire ecclésiastique de Nicéphore, liv. 3, ch. 31. Mais il paraît se rétracter dans ses notes sur les sentences de Paul; et en effet, nous trouvons dans Pline le jeune, liv. 5, lettre 1, un passage qui fait voir bien clairement que Nicéphore s'est trompé, et que Marc-Aurèle n'est pas le premier auteur de la loi dont il s'agit. Pline avait été institué héritier par Pomponia Gratilla; Curianus, fils de la testatrice, s'en étant plaint comme d'une disposition inofficieuse, Pline lui dit que ses plaintes seraient mal fondées si sa mère lui eût laissé un quart de sa succession: *si mater te ex parte quartâ scripsisset heredem, num queri posses?* Ces termes prouvent nettement que les enfans avaient droit, long-temps avant Marc-Aurèle, à une certaine portion des biens de leurs pères et de leurs mères; car, quoiqu'on ne sache pas l'époque précise de la mort de Pline, on ne peut pas douter néanmoins qu'elle ne soit antérieure au règne de Marc-Aurèle, puisqu'il était né sous l'empereur Néron, mort en 68, et que Marc-Aurèle ne parvint à l'empire qu'en 138.

Quoi qu'il en soit, la Légitime accordée d'abord aux enfans, et étendue ensuite à d'autres personnes, comme on le verra ci-après, n'était pas, dans le principe, aussi favorable ni fixée au même taux qu'elle l'a été depuis. C'est principalement à l'empereur Justinien qu'on doit la perfection de cette partie essentielle de la jurisprudence: aussi les lois qu'il a faites à ce sujet, ont-elles été reçues et adoptées sans la moindre contradiction dans la plupart des états policés.

II. On dit *la plupart*, car il s'en trouve encore quelques uns où la Légitime est inconnue. Crespo de Valdaura (*Observat.* 24, pag. 461 et 462), nous apprend que, dans le royaume d'Aragon, les pères ont, pour la disposition de leurs biens et l'exhérédation de leurs enfans, le même pouvoir que la loi des douze tables accordait aux anciens Romains.

Il en est de même dans une grande partie de l'Angleterre; on n'admet point en ce pays la détraction de Légitime sur les chatels personnels et réels dont le possesseur a testé; mais il y a des endroits où les autres biens se divisent en trois portions, dont une est pour la veuve, la seconde pour les enfans, et la troisième à la disposition du père. (Cowel, *inst. juris Anglici, liv.* 2, *tit.* 1, §. *de inofficioso testamento*).

III. Pour nous renfermer dans la France, il est constant que la Légitime a toujours été admise dans celles de nos provinces qui ont adopté le droit écrit pour leur code municipal. Nous avons même, dans les autres, un certain nombre de coutumes qui la reconnaissent expressément; ce sont, Paris, art. 298; Orléans, art. 274; Calais, art. 85; Chauny, art. 49; Bourgogne, ch. 7; Auvergne, ch. 12, art. 14; Berry, ch. 7, art. 10; Nivernais, ch. 27, art. 7; Bourbonnais, art. 216; Anjou, art. 20 et 21; Bassigny, art. 156; Verdun, tit. 5, art. 1; Châlons, art. 63; Reims, art. 232 et 292; Péronne, art. 107; Senlis, art. 219; Clermont en Beauvoisis, art. 129; Valois, art. 133; Melun, art. 232; Mantes, tit. 15, art. 1; Auxerre, art. 218; Sens, art. 89 et 109; Châteauneuf, art. 113; Chartres, art. 91; Dreux, art. 92; Montargis, ch. 11, art. 1; Vermandois, art. 51; Saint-Quentin, art. 14; Valenciennes, art. 141; bailliage d'Aire, art. 37; bailliage de Saint-Omer, art. 27; Bourbourg, rub. 15, art. 1; Orchies, ch. 2, art 1. — La coutume de Normandie peut être rangée dans la même classe, puisque le tiers coutumier et le mariage avenant dont elle parle, art. 399, ne sont autre chose qu'une Légitime véritable et proprement dite.

Quoique les autres coutumes soient muettes sur cette matière, on ne doit point douter pour cela que la Légitime n'y ait lieu. Il y en a cependant quelques unes à l'égard desquelles cette décision a souffert des difficultés.

IV. Par exemple, s'il en faut croire le rédacteur du Journal des audiences, il a été jugé par arrêt du 14 janvier 1625, « qu'en la coutume de Boulonnais, qui permet au père de disposer de tous ses meubles, acquêts et conquêts immeubles en faveur de telles personnes qu'il lui plaît, même au préjudice de ses héritiers apparens, les enfans ne pouvaient prétendre le supplément de leur Légitime sur iceux: aussi que, par autre article de la même coutume, il est permis au père de disposer de ses fiefs d'acquêts jusques aux quatre quints, le quint héréditál réservé aux héritiers: d'où l'on tirait un argument à contre-sens, qu'ès acquêts cottiers et roturiers il n'y avait point de quint ni de Légitime, et ce, en confirmant la sentence du sénéchal de Boulogne ».

De là, dit Le Camus d'Houlouve, les commentateurs et annotateurs de cette coutume ont établi pour principe, qu'il n'y a point de Légitime en Boulonnais pour les enfans; et quelques uns d'entre eux ont trouvé cette prétendue disposition si injuste, qu'ils sont convenus de la nécessité de la réformer sur ce point.

Mais, ajoute le même auteur, quelque rigoureuse que soit cette coutume, relativement aux enfans, soit par les grands avantages qu'elle fait à l'aîné, soit en rejetant la représentation en ligne directe, elle ne porte pas la rigueur jusqu'à refuser aux enfans, lorsqu'ils ne veulent pas se contenter des réserves coutumières dans la succession de leur père et de leur mère, ou autres ascendans, d'y prendre leur Légitime, telle que le droit commun la leur défère. L'obligation des pères et des mères d'assurer après leur mort la subsistance des enfans à qui ils ont donné le jour, est trop équitable,

Source : BIU Cujas

trop universellement reconnue, trop visiblement fondée sur le droit naturel, pour qu'on puisse considérer le silence ou la disposition vague d'une coutume, comme une dispense de cette obligation. Et, comme le dit Lebrun, en répondant à l'arrêt que nous venons de rapporter : « on doit toujours expliquer une coutume, en sorte qu'elle ne contienne pas une injustice manifeste, suivant ce qui est marqué en la loi 13, D. *de excusatione tutorum*, *sed et si maximè verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult* ».

L'arrêt de 1625 ne peut donc pas être cité comme un préjugé destructif de la Légitime en Boulonnais : aussi a-t-il été suivi d'un autre du 22 juillet 1698, qui a décidé formellement le contraire. On en trouvera ci-après le dispositif.

La question que nous agitons ici, s'était présentée dans les coutumes d'Amiens et de Ponthieu, avant qu'on l'élevât dans le Boulonnais; et par arrêt du 1er février 1620, il avait été jugé que la Légitime de droit avait lieu dans ces coutumes. Cet arrêt est rapporté par Bouguier, lettre R, §. 3. Celui du 22 juillet 1698, que nous transcrirons ci-après, n. 5, a prononcé la même chose; et Maillart, sur l'art. 74 de la coutume d'Artois, nous en a conservé un autre, du 18 mars 1706, « rendu au rapport de M. Pécot, à la quatrième, par lequel il a été décidé que le fils grevé aurait son quint naturel, en vertu de la coutume d'Amiens, et outre cela la moitié de sa portion *ab intestat* dans les biens libres régis par la coutume d'Amiens ». Le même auteur cite encore un arrêt du 7 septembre 1668, et une sentence de la sénéchaussée d'Abbeville, du 18 avril 1690, qui ont déterminé la quotité de la Légitime dans le Ponthieu; et c'est ce qu'a pareillement fait un arrêt du 21 août 1742, rapporté par Denisart. — La question de savoir si ces coutumes admettent la Légitime, ne doit donc plus souffrir le moindre doute.

V. On a soutenu long-temps qu'il en devait être tout autrement en Artois. « On a vu (dit Maillart) un testament fait à Lille, par un homme éclairé, le 16 octobre 1658, qui marque que la Légitime de droit n'est pas en usage en Artois ». Desmazures, qui était procureur général au conseil provincial d'Arras, et Hébert, qui y était conseiller, enseignent la même chose dans les commentaires manuscrits qu'ils ont laissés sur leur coutume. « C'est (dit le dernier) une maxime constante et autorisée par des turbes anciennes, que la Légitime de droit n'a pas lieu en cette province, quant aux acquêts, meubles et autres biens de libre disposition....; et pour les biens patrimoniaux, soit fiefs ou autres, la coutume y a pourvu en faveur de la ligne d'où ils procèdent, au préjudice de laquelle il n'est pas permis d'en disposer; ce qui est une espèce de Légitime ou fidéicommis coutumier ».

Cette opinion a été adoptée plusieurs fois au conseil d'Artois. — Il y a une sentence de ce tribunal, du 24 mars 1673, qui déboute de sa demande en supplément de Légitime, un fils à qui son père, très opulent, n'avait laissé que 2000 liv., et cependant ordonne à la fille, légataire universelle, de faire à son frère une pension viagère de 500 livres, dont le fonds demeurera substitué. Sur l'appel de cette sentence, porté au parlement de Paris, le procès a été distribué à M. d'Ormesson, conseiller à la quatrième chambre des enquêtes; et par arrêt du 8 mars 1674, il a été ordonné, avant faire droit, qu'à la requête du substitut de M. le procureur général au conseil provincial d'Artois, il serait rapporté des actes de notoriété de ce conseil, des autres sièges ou bailliages royaux d'Artois, et des avocats, sur leur usage concernant la Légitime des enfans, lorsqu'il ne se trouve pas de propres, mais seulement des acquêts et des meubles dans les successions de leurs pères et de leurs mères. En exécution de cet arrêt, les avocats d'Arras ont attesté, le 24 mai 1674, qu'il n'y avait point en Artois de Légitime sur les biens disponibles. Le conseil d'Artois a donné un acte semblable le 24 juillet suivant; mais il a ajouté qu'il était d'usage dans toute la province d'adjuger des alimens aux enfans, lorsqu'ils n'avaient pas d'ailleurs de quoi vivre, comme il l'avait fait lui-même par la sentence dont était appel. — A la vue de ces actes de notoriété, le fils se crut mal fondé à soutenir plus long-temps sa demande; en conséquence, il intervint, de son consentement, un arrêt du 6 mai 1675, qui mit l'appellation au néant.

Nous trouvons dans une compilation manuscrite des actes de notoriété du conseil d'Artois, que ce tribunal en a donné deux, les 24 juillet 1694 et 10 octobre 1698, semblables à celui que nous venons de citer; et il a montré de nos jours, par une sentence du 3 décembre 1768, dont l'appel a été arrêté par une transaction, qu'il tenait encore à son ancienne jurisprudence sur cette matière.

Sur quoi peut donc être fondée une opinion aussi contraire à la nature, à la raison et à la loi? Il faut entendre le conseil d'Artois lui-même dans le dernier des actes de notoriété cités : — « Déclarent que dans la province d'Artois, il n'y a point de Légitime, soit de la moitié de la portion héréditaire *ab intestat*, conformément à la coutume de Paris, ou du tiers seulement, suivant le droit écrit, parceque, suivant les coutumes générales de cette province, les propres et héritages patrimoniaux tiennent côté et ligne; les fiefs appartiennent *ab intestat* à l'aîné mâle, et, en défaut de mâles, à l'aînée femelle, à la charge du quint seulement envers tous les puînés par égale portion, en succession de père et de mère seulement; n'étant permis de disposer que du quint desdits fiefs par testament, et non autrement, et des fruits, profits et revenus de trois ans, de partie ou de tous lesdits fiefs et autres héritages patrimoniaux; et à l'égard des rotures, elles se partagent entre tous les enfans également, sans préciput ni différence de sexe ou d'âge; en

Source : BIU Cujas

sorte que les quatre quints des fiefs patrimoniaux, et la part égale dans les rotures, tiennent lieu de légitime à l'aîné, et l'autre quint à partager entre tous les cadets également, et leur part aussi égale dans les rotures, leur tiennent lieu de Légitime ; ce qui s'est toujours ainsi jugé lorsque les cas se sont présentés ; et tel est l'usage constant et sans difficulté dans cette province ».

Cet acte de notoriété se réduit, comme on le voit, à dire : nous n'accordons point aux enfans la Légitime introduite par le droit romain, parceque notre coutume y a pourvu elle-même de quatre manières : 1° en affectant les propres à la ligne d'où ils proviennent : 2° en déférant les fiefs aux aînés, à la charge du quint envers tous les puînés, par portion égale, en succession de pères et de mères ; 3° en défendant de disposer au-delà de quint des fiefs propres et du revenu triennal des propres féodaux ou censuels ; 4° en ordonnant le partage égal des rotures, sans distinction de sexe ni d'âge.

Telle est donc, suivant le conseil d'Artois, la manière dont la coutume de cette province a pourvu à la Légitime ; c'est en établissant des réserves coutumières qu'elle en a rempli l'objet et la fin.

Mais les réserves coutumières n'ont rien de commun avec la Légitime ; c'est une vérité que nous démontrerons ci-après, sect. 2, §. 3. Nous rapporterons même en cet endroit plusieurs arrêts, par lesquels il a été jugé que la Légitime de droit a lieu dans des coutumes qui réservent aux enfans, non seulement tous les propres, mais aussi une partie des acquêts et des meubles ; à plus forte raison donc doit-elle avoir lieu en Artois, où les héritiers peuvent être privés pendant trois ans du revenu des biens que la coutume rend indisponibles, et de la totalité des catteux qu'elle mobilise.

Les antagonistes de cette opinion si juste et si équitable, opposent que la coutume d'Artois exempte les enfans du rapport. — Mais, 1° sa disposition à cet égard a été corrigée par un édit du mois de mars 1774, enregistré à Arras le 13 avril suivant, et par un autre du mois d'août 1775, enregistré au parlement de Paris le 29 du même mois. — 2° Il n'y a aucune connexité entre l'obligation ou la dispense de rapporter, et la Légitime. La coutume de Senlis n'exige le rapport qu'autant que les donataires acceptent la succession ; cependant elle veut, art. 213, que les donations par lesquelles la Légitime est blessée, soient réputées nulles. La coutume de Berry, tit. 7, art. 9, et celle de Nivernais, ch. 27, art. 7, ordonnent que les donations inofficieuses soient révoquées jusqu'à concurrence de la Légitime, quoique la première soit conforme à celle de Senlis, et que la seconde permette de stipuler, par l'acte de donation, que le donataire ne sera pas tenu de rapporter : voilà bien des preuves claires et évidentes que l'exclusion du rapport n'emporte pas celle de la Légitime, et que tout l'effet de la Légitime, relativement aux donations, est de les réduire jusqu'à concurrence du préjudice qu'elles lui portent.

On objecte encore que la plupart des coutumes locales d'Artois admettant l'entravestissement entre conjoints, on doit croire qu'elles ont voulu exclure la Légitime, avec laquelle ce droit singulier est incompatible. — Mais ceci n'est qu'un pur paralogisme. L'entravestissement est, dans la personne des conjoints, un titre onéreux, un contrat *do ut des*, qui dépouille le premier mourant au moment même de son décès, et par l'effet duquel les biens sur lesquels il frappe, ne font point partie de la succession de celui-ci. Comme la Légitime ne peut être prise que sur les biens qui restent dans la succession du défunt, ou dont il a disposé à titre gratuit, et non sur ceux qu'il a aliénés à titre onéreux, il peut arriver qu'elle se trouve exclue par l'entravestissement, comme elle le serait par une vente universelle que le défunt aurait faite de son patrimoine. Mais conclure de là qu'elle ne doit point avoir lieu quand le défunt a conservé quelques biens ou qu'il a tout aliéné à titre gratuit, c'est une conséquence contraire aux premières règles du raisonnement.

Il ne reste plus qu'une objection, et l'on va voir qu'elle n'est pas mieux fondée que les autres. La Légitime, dit-on, est due aux petits-enfans comme aux enfans ; c'est la décision expresse d'une foule de textes du droit romain : or, la représentation n'a point lieu en Artois, la coutume l'exclut formellement ; on ne doit donc pas non plus y admettre la Légitime.

1° La représentation a été introduite en Artois par des lettres-patentes du mois d'avril 1773, enregistrées à Arras le 7 décembre suivant, et par l'édit cité du mois d'août 1775, enregistré au parlement de Paris le 19 du même mois.

2° Les coutumes de Ponthieu et de Boulonnais excluent aussi la représentation en ligne directe, et celle de la châtellenie de Lille ne l'admet que pour les meubles et les choses réputées tels : cependant les arrêts cités des premier janvier 1620, 7 septembre 1668 et 22 juillet 1698, ont jugé que la Légitime devait avoir lieu dans le Ponthieu et le Boulonnais, et l'on a toujours suivi le même sentiment dans la châtellenie de Lille. Ainsi, tout ce qu'on peut conclure de l'exclusion de la représentation, c'est qu'un petit-fils ne peut exercer aucun droit héréditaire dans la succession de son aïeul, sans le secours du rappel ; et par conséquent, s'il n'a pas de Légitime à y prendre, c'est uniquement parcequ'il n'est pas appelé à l'hérédité *ab intestat*.

Enfin le parlement de Paris n'a rien remarqué, soit dans les réserves prescrites par la coutume d'Artois, soit dans l'entravestissement, soit dans l'exclusion du rapport et de la représentation, qui dût faire obstacle à l'exercice de la Légitime de droit : aussi l'a-t-il accordée par plusieurs arrêts.

Maillart nous en fournit un du 22 juin 1671

Source : BIU Cujas

« rendu à la grand'chambre, au rapport de M. de Brillac, à l'occasion de la terre d'Auxi-Château-Artois, où l'on a supposé qu'un fils avait une Légitime à prendre sur les biens à lui assignés en partage par son père, quoique ces biens fussent chargés de fidéicommis perpétuel ».

La même chose a été préjugée par l'arrêt du 22 juillet 1698, que nous avons déja cité pour les coutumes d'Amiens, de Boulonnais et de Ponthieu. En voici le dispositif, tel qu'il est rapporté par Duchesne sur l'art. 20 de cette dernière loi (il s'agissait de la succession de Marie Truchot, veuve en premières nôces du sieur Dauviliers, et en secondes du sieur du Camp) : — « La cour, faisant droit sur le tout, ordonne que partage et division seront faits de tous les biens de la succession de ladite Marie Truchot, entre lesdits Dauvillers, Marie-Charlotte de Mannay, et Marc-Antoine-Augustin de Mannay, dont il sera donné audit Dauvillers deux quints des propres situés dans la coutume de Paris pour sa Légitime, et à la dame Marie-Charlotte de Mannay deux autres quints pour sa portion héréditaire, et audit Marc-Antoine-Augustin de Mannay l'autre quint desdits propres, comme légataire universel de ladite Marie Truchot sa mère; et que de ceux situés dans les coutumes *d'Amiens*, *Boulonnais* et Normandie, il en sera donné audit Dauvillers sa portion légitimaire, suivant lesdites coutumes; et à l'égard des biens situés en Ponthieu, ordonne qu'il en sera donné audit Dauvillers le tiers dès à présent pour le droit de Légitime dans lesdits biens; et pour régler si elle sera portée jusqu'à la moitié de la portion héréditaire que ledit Dauvillers aurait eue *ab intestat*, ordonne que les parties rapporteront des jugemens des juges d'*Amiens*, *Boulogne*, *Artois*, Péronne, Montdidier et Roye, et des transactions, partages ou autres actes, si aucuns y a dans lesdites coutumes, et des actes de notoriété des officiers des sièges, pour justifier si la Légitime doit être de la moitié de la portion héréditaire *ab intestat*, conformément à la coutume de Paris, ou du tiers seulement, suivant le droit écrit : pour ce fait et rapporté, être fait droit sur la demande dudit Dauvillers, à ce qu'il lui soit donné la moitié desdits biens sis en Ponthieu pour sa Légitime, ainsi que de raison.... ». — Cet arrêt juge, comme on le voit, très formellement que la Légitime de droit a lieu en Artois, et ne laisse d'incertitude que sur la loi qui doit en régler la quotité. Le parlement ne cherchait point à reconnaître si les juges d'Artois étaient dans l'habitude d'accorder une Légitime aux enfans; il supposait le fond de ce droit au-dessus de la jurisprudence et des usages des sièges subalternes, mais seulement quel était le taux auquel on avait coutume de le fixer.

Aussi l'acte de notoriété qui a été donné par le conseil d'Artois, en exécution de cet arrêt, le 10 octobre 1698, n'a-t-il pas empêché que le parlement de Paris ne rendît encore de nos jours cinq arrêts en faveur de la Légitime artésienne.

Les trois premiers ont été rendus pour la succession des sieur et dame Coffin, domiciliés et décédés à Hesdin. — Ils avaient laissé des biens considérables, mais c'étaient presque tous des acquêts; et par les dispositions qu'ils en avaient faites, ils avaient réduit leur fils aîné à une portion infiniment moindre que celle de ses cadets. Par un premier arrêt du 18 mars 1749, il a été jugé que ces dispositions devaient être exécutées, sauf à l'aîné à se pourvoir pour sa Légitime, s'il prétendait qu'elle fût entamée par les actes dont il s'agissait. — L'aîné ayant fait l'option de sa Légitime, les autres enfans ont soutenu qu'il ne pouvait en exercer les droits dans leur coutume. Ils ont invoqué l'usage constant et uniforme de la province, les actes de notoriété donnés en différens temps par le conseil d'Artois, le suffrage de Desmazures, d'Hébert et de Maillart. Mais toutes ces autorités ont été inutiles : un arrêt du 6 septembre 1752 a déféré à l'aîné l'option des réserves coutumières ou de la Légitime, conformément à l'art. 298 de la coutume de Paris, c'est-à-dire, de la moitié de ce qu'il aurait eu *ab intestat*. — Le troisième arrêt, rendu entre les mêmes parties le 7 septembre 1765, a liquidé et fixé la Légitime accordée à l'aîné par les deux précédens.

Le quatrième arrêt, qui est de l'année 1769 ou environ, a pareillement adjugé à la demoiselle Flahaut une Légitime de droit dans la succession de sa mère mariée, domiciliée et morte à Béthune.

Le cinquième arrêt, qui a été rendu le premier septembre 1770, a adopté la même décision en faveur de Théodore Crespel, dont le père était domicilié à Neuville-Saint-Vaast.

La Légitime en Artois n'est pas seulement fondée sur la jurisprudence des arrêts, elle est encore autorisée formellement par des lois faites pour cette province. — L'art. 27 de la coutume du bailliage de Saint-Omer porte que « la Légitime sera de la moitié de telle part et portion que chacun enfant aurait eue en la succession desdits père ou mère, ou autre ascendant.... ». — L'art. 37 de la coutume du bailliage d'Aire décide absolument la même chose. — Cette disposition, il est vrai, n'a été consignée dans ces coutumes qu'à la rédaction de 1743; mais l'intention des commissaires, en l'ajoutant, n'a point été d'introduire un droit nouveau; ils n'ont cherché, comme l'atteste le procès-verbal de la première, qu'à couper la racine des procès qu'occasionnait le silence de la coutume générale d'Artois sur la quotité de la Légitime.

VI. Les coutumes de Boulonnais, d'Amiens, de Ponthieu et d'Artois ne sont pas les seules dans lesquelles la Légitime a trouvé des antagonistes : elle en a eu de tout temps, et elle en a encore un grand nombre en Hainaut; ils se fondent sur l'art. 10 du ch. 31 des chartes générales, dont voici les termes : *Moyennant que les enfans, par avis de leurs père et mère, soient partagés, seront sujets à l'entretènement dudit avis, ores que*

Source : BIU Cujas

(quoique) *leur partage fût moindre que des autres.* — « Sur ce mot *partagés* (dit Dumées), une infinité de praticiens ont cru qu'il suffisait qu'un père et une mère laissassent la moindre petite chose à leurs enfans, pour exclure la querelle d'inofficiosité ». — C'est aussi la conséquence que tire de cette disposition un ancien conseiller de la cour souveraine de Mons, dans des notes manuscrites qui nous ont passé sous les yeux. Cet article, dit-il en substance, fait entendre que la Légitime n'a pas lieu en Hainaut; et c'est ainsi que l'a tenu Jacques Vivien, célèbre avocat, dans ses observations manuscrites sur les chartes générales de 1534.

Cette opinion a même été suivie au parlement de Flandre dans une affaire jugée en 1770, au rapport de M. Malotau : il s'agissait d'un *avis de père et de mère*, par lequel un enfant était réduit à *cinq sous de rente*. Il réclamait contre un partage aussi manifestement inégal, et il prétendait qu'au moins on ne pouvait pas lui refuser un supplément de Légitime : l'arrêt l'a débouté de toutes ses demandes.

Il y a cependant de fortes raisons pour le parti de la Légitime.

Il est constant, et nous avons établi à l'article *Hainaut*, que les chartes et les coutumes de cette province doivent être éclaircies et suppléées par le droit romain dans les points sur lesquels elles paraissent en avoir emprunté quelques dispositions. Or, nous trouvons dans l'article qui précède immédiatement celui que nous venons de rapporter, une disposition tirée presque mot pour mot des lois romaines, et bien analogue à la Légitime ; la voici : « Si les enfans nés auparavant ou après avis de père et mère, ne sont partagés avant les trépas desdits père et mère, ils pourront prétendre partage, si avant que par la loi leur peut appartenir, comme s'il n'y eût eu avis ». — La prétérition produit donc en Hainaut, par rapport à l'enfant passé sous silence, le même effet qu'elle produisait chez les Romains ; elle annulle à son égard le testament de son père et de sa mère, et lui donne le droit de prendre dans leur succession sa part légale et *ab intestat*, comme s'ils n'avaient point disposé. Voilà conséquemment la *querelle d'inofficiosité* reconnue, établie dans cette province : or, qui est-ce qui ignore la connexité d'une pareille action, avec la demande en supplément de Légitime? Celle-ci n'est même qu'un remède introduit par l'empereur Justinien pour faire cesser celle-là, lorsqu'un père laisse quelque chose à ses enfans, sans néanmoins compléter leur portion légitimaire : car avant ce législateur, les enfans, en pareil cas, faisaient déclarer le testament nul, comme s'ils avaient été prétérits, et recueillaient la succession *ab intestat*. C'est ce que prouvent nettement ces paroles de la loi 32, C. *de inofficioso testamento*, qui est de l'empereur Justinien : *Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut si quid minùs legitimâ portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur.* — Comment croire, après cela, que les rédacteurs des chartes du Hainaut aient eu l'intention d'exclure de leur jurisprudence la demande en supplément de Légitime? Et puisqu'ils ont puisé dans le droit romain la querelle d'inofficiosité, dont elle est comme le supplément, ne doit-on pas interpréter leur silence sur cette demande par les textes du même droit qui l'ont introduite, et qui en ont fait une des actions les plus favorables qu'on puisse porter en justice?

Ce qui prouve d'ailleurs qu'il n'est pas dans l'esprit des chartes générales de la rejetter, c'est qu'elle est expressément autorisée par la coutume particulière de Chimay, décrétée par le conseil de Mons lui-même en 1612. Voici ce que porte l'art. 7 du ch. 2 de cette coutume : « Père et mère peuvent, par traité de mariage, avantager leurs enfans comme bon leur semble, soit de meubles ou en biens héritiers. Le même peuvent-ils faire par avis de père et mère passé conformément au prescrit de la loi de ce pays, ou par testament...., sauf aux autres enfans de prétendre en son temps leur Légitime ès biens paternels et maternels, telle que le droit écrit donne ».

On a vu plus haut que la coutume de Valenciennes admet également la Légitime; et quoique ces deux coutumes ne soient pas, à proprement parler, locales des chartes générales de la province (*V. Hainaut*), leur disposition n'en doit pas moins être prise en grande considération, puisqu'il faut régulièrement interpréter les coutumes voisines les unes par les autres, sur-tout lorsque le résultat d'une interprétation de cette espèce est en faveur du droit commun, auquel le retour est toujours favorable.

VII. L'ancienne coutume de Normandie n'accordait point de Légitime aux enfans ; mais, comme on l'a vu plus haut, la nouvelle a abrogé cette jurisprudence barbare. — Il s'est élevé à cette occasion une difficulté touchant le comté d'Eu. On sait que ce pays a été distrait du ressort du parlement de Rouen pour être uni à celui de Paris : de là est venue la question de savoir si le tiers coutumier introduit en Normandie depuis cette distraction, devait y avoir lieu. On peut voir dans le procès verbal des coutumes particulières de Normandie, les raisons par lesquelles M. le procureur général Thomas établit que les habitans du comté d'Eu sont soumis, quant au fond des choses, aux mêmes lois que les Normands : il nous suffit de remarquer ici que son avis a été confirmé, relativement au tiers coutumier, par deux arrêts très formels, l'un du parlement de Paris du 9 mai 1676, l'autre du parlement de Rouen du 31 août 1683, et rapportés tous deux dans le Commentaire de Basnage sur sa coutume.

SECTION II. *De la nature de la Légitime.*

Nous avons déjà dit que la Légitime est une

Source : BIU Cujas

portion de ce qu'aurait eu *ab intestat* celui à qui elle est due. Mais pour avoir une idée nette et précise de sa nature, il faut la comparer avec l'hérédité en général, avec le douaire des enfans et avec les réserves coutumières; il résultera de cette triple comparaison, des rapports, des principes et des conséquences qui jetteront le plus grand jour sur toute la matière que nous avons à traiter.

§. I. *En quoi conviennent ou diffèrent la Légitime et l'hérédité?*

I. Cette question en renferme plusieurs : la première, et celle dont la décision entraînera celle de toutes les autres, est de savoir si la Légitime forme une portion de l'hérédité, ou une portion des biens du défunt. — On sent la différence qu'il y a entre ces deux hypothèses : l'hérédité comprend tout l'actif et le passif d'une personne décédée : *hereditas nihil aliud est quàm successio in universum jus quod defunctus habuerit.* (Loi 62, D. *de regulis juris*); les biens au contraire ne s'entendent que de ce qui reste après les dettes acquittées : *bona intelliguntur cujusque, quæ, deducto ære alieno, supersunt.* (Loi 39, §. 1, D. *de verborum significatione.*)

Que la Légitime soit une quote des biens, et non de l'hérédité, c'est ce qu'a jugé une décision de la rote romaine rapportée par Fachinée, liv. 12, ch. 4, et c'est ce que soutiennent Mantica, Grassus, Jason, Alexandre, Gayl, le président Favre, Voët, Furgole, et plusieurs autres auteurs.

Leur opinion paraît très bien justifiée par la loi 6, C. *de inofficioso testamento*, qui l'appelle *bonorum partem : cùm quæritur*, dit-elle, *an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem, mortis tempore, testator reliquit, inspicitur.* La loi 5, C. *de inofficiosis donationibus*, la qualifie pareillement de secours dû aux enfans sur les biens de leur père, *debitum bonorum subsidium.* Le ch. 1er de la novelle 18 n'est pas moins formel sur ce point : il fixe la Légitime à une certaine quote, non de l'hérédité, mais de la propre substance du défunt, *propriæ substantiæ.*

A ces trois textes, trop clairs pour que les subtilités de certains auteurs puissent les obscurcir, se réunissent des raisons trop évidentes pour qu'il soit possible d'y opposer rien de solide.

D'abord, il est constant que la détraction de la Légitime ne doit être faite qu'après toutes les dettes et les frais funéraires payés. La loi 8, §. 9, D. *de inofficioso testamento*, ne laisse là-dessus aucun doute : *Quarta autem accipietur, scilicet deducto ære alieno et funeris impensâ.* — Or, nous venons de voir qu'on appelle *biens* ce qui reste après la déduction des dettes : c'est donc sur les *biens*, et non sur l'*hérédité*, que se fait le retranchement de la Légitime. — On ne prétendra pas sans doute qu'un enfant légitimaire puisse jamais être poursuivi sur son propre patrimoine par les créanciers de son père (1); c'est cependant ce qui arriverait très fréquemment, si la qualité de légitimaire emportait celle d'héritier; car une hérédité peut devenir très onéreuse à celui qui la recueille en tout ou en partie; les biens au contraire sont toujours utiles, et on les appelle ainsi, suivant la loi 49, D. *de verborum significatione*, parcequ'ils contribuent toujours au bonheur de ceux qui les possèdent : *bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est, beatos faciunt; beare est prodesse.*

En second lieu, nous ferons voir ci-après que la Légitime ne peut être ni diminuée ni grevée par le testateur; rien ne serait cependant plus commun ni plus journalier que les contraventions à ce grand principe, si la Légitime était une quote de l'hérédité : dans cette supposition, non seulement le légitimaire serait tenu des dettes au-delà de la valeur des biens qui lui auraient été adjugés, mais encore si le défunt s'était avisé de vendre ou de donner un héritage du légitimaire, celui-ci serait obligé d'entretenir la vente ou la donation jusqu'à concurrence de la quote que formerait sa Légitime dans la succession.

Troisièmement, l'ancien droit romain et notre droit coutumier permettent, comme on le verra dans un instant, de laisser la Légitime à ceux qui en ont le droit, sous le titre de legs, de fidéicommis ou de donation à cause de mort. Or, le moyen de concevoir la moindre connexité entre de pareils titres et celui d'héritier? Le moyen de regarder comme une quote d'hérédité, une portion de biens dont on serait redevable à la qualité de légataire, de fidéicommissaire, ou de donataire?

Les objections qu'on oppose à ce sentiment, ne sont pas assez fortes pour le détruire.

La première est tirée du §. 3, Inst. *de inofficioso testamento*, qui semble désigner la Légitime par les mots *pars hereditatis* : mais ce texte ne prouve rien contre nous; que porte-t-il en effet? « La querelle d'inofficiosité n'a lieu que quand le testateur n'a rien laissé à ses enfans, ce que nous avons ainsi ordonné pour épargner à la nature des plaintes aussi outrageantes pour elle. Ainsi, lorsqu'il a été laissé aux enfans une portion quelconque de l'hérédité, ou une chose particulière, la querelle d'inofficiosité doit cesser, et l'on doit ajouter à la disposition du défunt ce qui y manque pour compléter la Légitime. *Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitùs à testatoribus testamento relictum est; quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin verò quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querelâ quiescente, id quod eis deest usque ad*

(1) Il y a dans le Journal du palais de Toulouse, tom. 1, pag. 15, un arrêt du 21 août 1690, qui déclare des créanciers héréditaires non recevables à agir personnellement contre un légitimaire. *Ce n'est* (dit Roussilhe en citant cet arrêt dans ses *Institutions au droit de Légitime*), *ce n'est qu'hypothécairement qu'on peut s'en prendre à lui, et il faut pour cela qu'il jouisse des fonds de l'hérédité.*

Source : BIU Cujas

quartam Legitimæ partis repleatur». —On voit que dans ce texte, la Légitime n'est appelée une *portion de l'hérédité*, que parcequ'on la suppose laissée par le testateur à titre d'institution ; ce qui est si vrai, qu'après les mots *pars hereditatis*, se trouvent ceux-ci, *vel res eis fuerit relicta*, termes dont l'opposition aux premiers prouve très clairement que la Légitime n'est point une quote de l'hérédité, *pars hereditatis*, quand elle est laissée par le testateur à titre de fidéicommis ou de legs.—Il y a plus. Quoiqu'elle soit nominalement une quote de l'hérédité, lorsqu'elle est déférée à titre d'institution, elle ne l'est cependant pas réellement et quant aux effets ; autrement il arriverait que de deux enfans légitimaires dont la condition serait égale par le droit, l'un se trouverait néanmoins plus favorisé que l'autre, en ce que l'appelé à titre d'institution serait sujet aux charges héréditaires au-delà de son émolument, tandis que l'appelé à titre de legs en serait affranchi ; ce qui formerait un contraste aussi absurde qu'injuste.

Cette observation répond d'avance au texte sur lequel nos adversaires fondent leur seconde objection ; c'est le ch. 3 de la Novelle 115, suivant lequel la Légitime doit toujours être laissée à titre d'institution. On infère de là, que les légitimaires sont vraiment héritiers, mais c'est sans fondement. —Il est certain qu'avant cette loi, la Légitime n'était point une quote de l'hérédité, puisqu'elle pouvait être déférée à titre de legs, et que, comme on vient de le voir, elle ne prenait pas même cette qualité lorsque le testateur l'avait revêtue du titre d'institution. Or, non seulement la Novelle de Justinien ne change rien sur cette matière à l'ancienne jurisprudence, mais encore elle annonce assez clairement que son intention est de la laisser subsister. En effet, elle déclare, ch. 5, que c'est pour l'avantage des légitimaires qu'elle introduit la nécessité de les appeler par institution : *Undè et constat ad utriusque partis utilitatem atque cautelam, præsentem legem fuisse prolatam, quam ex hâc occasione promulgandam esse perspeximus.* — Or, s'il résultait de ce titre qu'ils fussent réellement héritiers, loin d'en tirer quelque utilité, ils en ressentiraient au contraire un véritable préjudice ; et par-là, on contreviendrait manifestement à cette maxime si naturelle et si universellement admise, qu'il ne faut jamais tourner contre quelqu'un ce qui n'a été introduit qu'en sa faveur : *Nulla juris ratio aut æquitatis benignitas patitur ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus utilitatem.* (Loi 25, D. *de legibus*). — Une autre preuve que la Novelle 115 n'a point donné au titre d'institution dont elle a introduit la nécessité par rapport aux légitimaires, la vertu de faire considérer la Légitime comme une quote de l'hérédité, et celui qui la recueille comme un héritier, c'est qu'elle n'exige pas que l'institution soit universelle, c'est-à-dire, par quotité ; et qu'au contraire elle permet de la borner à une chose particulière : *Cæterùm* (porte-t-elle, ch. 5), *si qui heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenùs solvi præcipimus : quidquid autem minùs legitimâ portione eis relictum est, hoc secundùm nostras alias leges ab heredibus impleri. Sola enim est nostræ serenitatis intentio, à parentibus et liberis injuriam præteritionis et exheredationis auferre.* — Or, on a vu à l'article *Institution d'héritier*, sect. 2, que l'institué dans un effet certain, *in re certâ*, n'est point héritier, mais légataire.

La troisième objection qu'on nous oppose, a pour fondement le §. 3, Inst. *de lege falcidiâ*. Il résulte de ce texte, que la falcidie ne peut être distraite des legs dont un héritier est grevé, qu'après le prélèvement de toutes les dettes et charges héréditaires. Or, disent nos adversaires, ce prélèvement n'empêche pas que la falcidie ne soit prise à titre d'héritier : pourquoi donc en serait-il autrement à l'égard de la Légitime ? — La réponse se présente d'elle-même. Un héritier institué n'est point héritier, parcequ'il fait sur l'hérédité la distraction du quart des biens, que l'on appelle *falcidie* ; mais il fait cette distraction, parcequ'il est héritier, parceque la loi lui accorde ce privilège pour l'empêcher de répudier l'hérédité, dans la crainte de n'en tirer aucun profit. Il était donc héritier par son institution et son adition, avant qu'il fût question du retranchement de la falcidie ; et l'appréhension qu'il fait de la falcidie, n'ajoute rien à sa qualité.

La quatrième objection est plus spécieuse, mais n'est pas plus solide que les autres. Celui, dit-on, qui est institué dans sa Légitime avec charge de la restituer à un autre, peut être forcé, en vertu du sénatus-consulte Trébellien, d'appréhender la portion à laquelle il est appelé, pour en faire la restitution au fidéicommissaire ; c'est la décision textuelle de la loi 27, §. 13, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*. Or, il n'y a que des personnes appelées comme héritières qui puissent être obligées à faire une pareille adition ; le sénatus-consulte Trébellien n'a été porté que contre elles ; et jamais un légataire, jamais un donataire particulier, n'a été dans le cas d'accepter malgré lui une libéralité quelconque. *Ut Trebelliano locus esset* (dit la loi 22, §. 5, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*), *non sufficit de hereditate rogatum esse, sed quasi heredem rogari opportet. Denique si cui portio hereditatis fuerit legata* (*legari enim posse etiam portionem hereditatis placet nobis*), *rogatusque fuerit hanc partem restituere, dubio procul non fiet restitutio ex senatus-consulto.* — Cette objection serait peut-être sans réplique, si, dans la première des lois citées, il s'agissait d'un légitimaire qui ne fût institué que dans sa Légitime : mais, on le sent, il n'est pas possible que ce soit là l'espèce précise de ce texte, puisque la Légitime ne peut être grevée de fidéicommis, ni assujettie à aucune restitution. Ainsi, quoique cette loi semble

Source : BIU Cujas

d'abord ne parler que d'une institution dans la Légitime, *si patronus ex parte debitâ heres institutus*, il faut néanmoins supposer qu'elle ne s'exprime ainsi, que pour faire voir que la Légitime est entièrement remplie par l'institution dont elle s'occupe; et cela est si vrai, qu'immédiatement après elle fait entendre que toute l'hérédité est comprise dans la charge de restituer, et par conséquent aussi dans l'institution, *et rogatus restituere hereditatem, suspectam sibi esse dicat.* Il s'agit donc, dans cette espèce, d'un patron institué universellement, avec charge de restituer ce qui excèdera sa Légitime. La loi décide qu'il peut être contraint d'appréhender l'hérédité; mais s'il résulte de là que son institution le rend héritier présomptif, c'est parcequ'elle n'est pas bornée à la portion légitimaire; et conséquemment on ne peut pas en conclure que l'institution dans la seule Légitime fasse un héritier.

Enfin, on objecte que le légitimaire est saisi de plein droit de sa portion, et que cela ne pourrait pas avoir lieu, s'il n'était pas héritier d'effet et de nom. — Deux réponses à cette objection.

Premièrement, le douaire saisit en plusieurs coutumes; cependant il est incompatible avec la qualité d'héritier. On ne peut donc pas tirer de conséquence de la saisine légale au titre héréditaire.

En second lieu, est-il bien certain que la Légitime saisit? Cette question, à la première vue, paraît au moins fort problématique, et l'on trouve là-dessus des autorités pour et contre.

D'un côté, Dumoulin, sur l'art. 3 du chap. 18 de la coutume de Berry, dit que *in Galliâ filius non tenetur venire per actionem supplementi, sed est saisitus de suâ Legitimâ.* Mais, 1° Richebourg remarque, d'après un anonyme, « qu'il y a de l'erreur dans cette annotation, et qu'elle ne se peut réformer, si l'on ne voyait l'original de feu M. Charles Dumoulin ». 2° Dumoulin lui-même fait mention dans cette note d'une sentence qui avait débouté un légitimaire de sa complainte, *sans préjudice de demander le supplément de sa Légitime;* et quoique Dumoulin désapprouve cette décision, il s'était néanmoins trouvé un de ses confrères qui l'avait jugée conforme aux principes : *dominus Canaye putabat benè, ego contrà malè judicatum.* On ne peut donc pas faire de la note citée tout le cas que méritent d'ailleurs les opinions de Dumoulin.

Voici une autorité qui paraîtra peut-être plus grave; c'est Papon qui parle : « A été arrêté au procès de damoiselle Ysabeau Boyen, mère de feu Jacques Guittard, demanderesse en nouvelleté contre demoiselle Anne de l'Estrange, veuve dudit feu Guittard, défenderesse audit cas de saisine et nouvelleté, au rapport de M. Le Cirier, à la prononciation de Pâques, l'an 1549, le 13 avril précédent, qui est le 13 avril 1548 avant Pâques, que l'héritier en sa Légitime est saisi et peut former complainte, soit pour sa Légitime ou supplément d'icelle, encore qu'il y eût un héritier universel institué; et fut trouvé que le semblable avait été jugé *in fideicommissario* ». — Ne pourrait-on pas opposer à cet arrêt, qu'il a été rendu dans un temps où les principes de la saisine coutumière n'étaient pas encore bien connus? On jugeait alors, comme nous l'apprend Papon, que l'héritier fidéicommissaire était saisi; aujourd'hui personne ne doute du contraire.

D'un autre côté, nous trouvons plusieurs auteurs de poids qui refusent expressément au légitimaire l'effet de la règle *le mort saisit le vif.* — Écoutons le président Favre dans son Code, titre *de inofficioso testamento*, défin. 4; « Cette possession coutumière ou légale, qui passe de plein droit de la personne du défunt dans celle de l'héritier du sang, n'a point lieu en faveur de l'enfant réduit à sa Légitime : *Possessio illa*, sive consuetudinaria, sive edictalis *dicenda est, quæ à defuncto in legitimum successorem ipso jure translata intelligitur, in filium nihil nisi petendæ Legitimæ jus habentem minimè transfertur.* Le sénat de Chambéry l'a ainsi jugé par arrêt du 17 août 1588, entre le marquis de La Chambre et la demoiselle Marguerite de La Chambre, et par un autre du 19 janvier 1591. *Ita senatus in causâ D. Marchionis de la Chambre, et dominæ Margaretæ de La Chambre*, 16 *calendas septembris* 1588; *et rursùm in aliâ causâ*, 14 *calendas februari* 1591 ». — C'est aussi ce que soutient Guillaume de La Champagne dans son *Traité de la Légitime*, chap. 25 : « L'hérédité saisit (dit-il), et la Légitime ne saisit point, étant sujette à délivrance, comme un don ou un simple legs, par les mains de l'héritier, ou plutôt comme une dette qui se demande toujours par action, jamais dette n'ayant saisi ». Il répète la même chose dans le chap. 27 : « La Légitime (dit-il) ne saisit point, étant une dette établie par le droit naturel, par le droit civil, et par le droit coutumier, dont le paiement se poursuit par action. » — Roussilhe est encore plus précis; voici comment il s'exprime dans ses *Institutions au droit de Légitime*, chap. 1, §. 4 : « La portion héréditaire saisit, au lieu que les enfans sont obligés de demander la délivrance de la Légitime ». — Et il ne serait peut-être pas difficile de faire voir que cette doctrine est calquée sur les vrais principes.

Le point dont nous croyons devoir partir, est que la maxime *le mort saisit le vif*, n'agit que sur ceux à qui le droit romain accordait la *pétition d'hérédité.* — Cette proposition ne paraît pas susceptible du moindre doute : car il existe la connexité la plus sensible entre notre saisine coutumière et le droit d'intenter la pétition d'hérédité; on peut même dire que l'une est attachée à l'autre, comme l'accessoire au principal : en effet, la pétition d'hérédité n'est autre chose qu'une action par laquelle on demande à être déclaré héritier, et à faire condamner celui qui possède indûment

Source : BIU Cujas

la succession, à en faire la restitution : *Hereditatis petitio*, dit Voët, l'un des plus savans et des plus judicieux interprètes du droit romain, *est actio civilis primariò in rem, mixta tamen propter præstationes personales, bonæ fidei, quâ quis contendit hereditatem suam esse, eamque sibi ab eo qui pro herede vel pro possessore possidet, restitui.* — Or, la règle *le mort saisit le vif*, ne peut produire son effet que dans la personne des vrais héritiers, c'est-à-dire, de ceux qui ont le droit d'agir en pétition d'hérédité; il faut donc nécessairement que cette action et la saisine coutumière dépendent tellement l'une de l'autre, qu'il ne soit pas possible de concevoir celle-ci séparée de celle-là.

Cela posé, il est clair que si le droit romain n'accorde pas la pétition d'hérédité aux légitimaires, nous ne pouvons pas non plus les faire jouir des avantages de la règle *le mort saisit le vif*.

Or, tous les interprètes, ceux mêmes qui ne regardent pas la Légitime comme une quote des biens, s'accordent unanimement à dire qu'elle ne peut point être demandée par la *pétition d'hérédité*, mais seulement par une action appelée en droit *condictio ex lege*, parcequ'elle dérive de la loi. *Ad Legitimæ supplementum*, dit Zoëz, l'un de nos adversaires, *non agitur petitione hereditatis, sed condictione ex lege* 30, C. de inofficioso testamento. *Cujus causa hæc est quòd olim, nisi integra Legitima esset relicta, querelæ locus esset*, §. 4, inst. eod. tit. *Quod cùm mutatum sit per dictam legem* 30, *quâ inductum sufficere aliquid relictum nomine Legitimæ, concesso jure agendi ad supplementum, et quia istâ lege non exprimitur actio, communiter receptum agi condictione ex lege istâ.*

On peut sans doute conclure de là, avec certitude, que la Légitime ne saisit point dans nos mœurs : cette conséquence est même écrite dans quelques unes de nos lois municipales.

Voici ce que porte l'art. 7 du chap. 7 de la coutume de Bourgogne : « Au cas que par ladite disposition ou partage, fût moins laissé aux enfans que la Légitime...., seront lesdits enfans saisis et revêtus des choses à eux délaissées par icelui partage; sans qu'ils puissent autre chose demander, outre ladite Légitime et supplément ».

Ces dernières paroles font voir clairement que quoique les enfans soient saisis de ce qui leur est assigné par leurs ascendans à titre de portion héréditaire, ils ne le sont pas néanmoins de ce qui manque à leur assignat pour compléter la Légitime que la loi leur défère.

La coutume de Berry n'est pas moins formelle sur cette matière : après avoir établi, tit. 19, art. 33, que les enfans qui ont renoncé par contrat de mariage aux successions futures de leur père et de leur mère, *ne se pourront dire, après le décès du père ou de la mère, saisis d'aucune part de leurs successions;* elle ajoute, art. 34 du même titre : « Toutefois, si par ledit contrat de donation à eux faite, ils n'ont eu leur entière Légitime, ayant regard au temps de la mort du père ou de la mère, *ils pourront agir et demander supplément d'icelle* ».

La coutume de Nivernais renferme implicitement la même disposition : elle décide, chap. 23, art. 24, qu'une fille dotée, apanée, et en cette qualité exclue de la succession de son père et de sa mère, *ne peut IMPUGNER* ladite donation *et apanage par quelque manière que ce soit, sauf par supplément de sa Légitime.* Le mot *impugner*, dont se sert cet article, signifie naturellement *attaquer, agir*, pour se faire adjuger une chose dont on est privé. La Légitime ne saisit donc pas; car si elle saisissait, il serait inutile de la demander.

C'est ce qui résulte encore de l'art. 161 de la coutume de Senlis, lequel porte qu'un fils donataire qui renonce à l'hérédité pour se tenir à sa donation, « *sera tenu de suppléer* à ses autres frères et sœurs, jusqu'à la concurrence de leur Légitime, si le reste desdits biens n'était suffisant pour le supplément de ladite Légitime, lors du décès du donateur : et quant à ce *seront lesdits biens et avantages dès-lors affectés et hypothéqués* jusqu'à la concurrence d'icelle Légitime. » — Ce texte prouve de deux manières très sensibles que la Légitime ne saisit point. — 1° Les termes *sera tenu de suppléer*, marquent l'action, la contrainte que les enfans sont obligés d'exercer pour obtenir leur Légitime; ce qui ne serait pas, s'ils en avaient la saisine de plein droit. — 2° On ne peut jamais avoir d'hypothèque sur un bien dont on est propriétaire. Nous trouvons par-tout ces mots, *hypothèque et propriété*, mis en opposition; et l'un de ces deux droits est nécessairement exclusif de l'autre : *Est quid prorsùs distinctum imò et oppositum, quia non potest quis habere dominium et hypothecam in eâdem re, sed hypotheca supponit dominium esse alienum*, dit Dumoulin, sur le §. 46 de l'ancienne coutume de Paris. — Or, aux termes de l'article cité, les enfans ont hypothèque sur les biens donnés à leur frère, jusqu'à la concurrence de leur portion légitimaire; il est donc métaphysiquement impossible qu'ils soient saisis de cette portion.

Si la Légitime ne saisit point (1), elle ne peut pas former une quote de l'hérédité : ainsi, l'argument que tirent nos adversaires de la règle *le mort saisit le vif*, se rétorque contre eux-mêmes, et loin d'affaiblir notre opinion, il y ajoute un moyen sans réplique.

---

(1) [[Quand j'ai dit dans les deux premières éditions de cet ouvrage, que la Légitime ne saisissait point, je n'ai entendu parler que de la *possession*. Car il en était tout autrement à l'égard de la propriété. *V.* ci-après, sect. 10; et mon *Recueil de Questions de droit*, article *Légitime*, §. 1.]]

Source : BIU Cujas

II. De là résulte une conséquence très importante, et qui seule renferme le germe d'une foule de décisions relatives à cette matière : c'est qu'il ne faut pas prendre la qualité d'héritier pour demander une Légitime. Ainsi pensent Dumoulin en son *conseil* 35 (1); Voët, en son *Commentaire sur le Digeste;* Berroyer, en ses *Notes sur les arrêts de Bardet*; Furgole, en son *Traité des Testamens;* en un mot, tous les partisans de la thèse que nous venons d'établir.

Coquille, Ricard, Lebrun et quelques autres auteurs critiquent cette opinion; mais il se présente tant de raisons pour la justifier; que nous sommes presque embarrassés sur le choix.

1° Elle est consacrée formellement par la novelle 92 de l'empereur Justinien. Cette loi, que Ricard avoue être en usage parmi nous, porte que quand un père a fait à l'un de ses enfans une donation inofficieuse, le donataire est, à la vérité, tenu de souffrir un retranchement proportionné à ce qui manque dans la succession pour remplir la Légitime de ses frères, mais qu'il n'est pas pour cela obligé de se porter héritier, et qu'il peut, sans prendre cette qualité, retenir sa portion légitimaire sur les biens qui lui ont été donnés.

Ricard prétend que cette décision est particulière à l'enfant donataire : « Comme il est (dit cet auteur) en possession, en vertu d'un titre juste, de la part qu'il a droit de prétendre en la Légitime, il la peut retenir par exception, sans qu'il soit tenu de changer de qualité pour cet effet; de sorte qu'il retiendra sa part en la Légitime en qualité d'enfant, et après que la Légitime aura été levée par tous les enfans en général, le surplus lui demeurera comme étranger en vertu de sa donation ».

Cette observation est subtile; mais Berroyer la réfute victorieusement : « L'action que les enfans peuvent avoir pour leur Légitime contre le frère donataire du père commun, n'est point différente de celle qu'ils ont contre un donataire étranger; et l'on ne voit point de raison, si la qualité d'héritier était nécessaire pour demander la Légitime, qui pût exempter le fils donataire de l'être. Voici un dilemme sans réplique : ou il voudrait se considérer lui-même comme un donataire étranger, et en ce cas il ne ferait point de part pour fixer la Légitime; sa portion accroîtrait aux autres et affaiblirait davantage sa donation : ou bien il se dirait enfant et légitimaire comme les autres, et pour lors il faudrait mettre les choses à lui données dans la masse des biens héréditaires, afin de régler la portion de chacun, et il n'en pourrait retirer la sienne, sans prendre la même qualité d'héritier, si elle était nécessaire aux autres ».

2° L'exemple du douaire, suivant le même auteur, suffirait pour décider la question : car le douaire est une partie des biens; il tient lieu de Légitime; et cependant, loin d'obliger l'enfant douairier à se porter héritier, ces deux qualités sont regardées universellement comme incompatibles.

3° La fille qui renonce par son contrat de mariage aux successions futures de son père et de sa mère, perd tellement la qualité d'héritière, qu'elle ne peut pas se faire relever de sa renonciation : néanmoins plusieurs de nos coutumes lui donnent expressément l'action en supplément de Légitime. *V.* ci-après, sect. 5.

4° Les lois romaines, conformes en ce point à la plupart de nos coutumes, ne donnent point d'héritiers, soit testamentaires, soit légitimes, aux criminels condamnés à mort. Cependant elles adjugent une Légitime à leurs enfans, et même à leurs patrons, s'ils sont de condition affranchie. *V.* ci-après, sect. 8.

5° L'empereur Justinien déclare dans les chap. 1 et 4 de sa première novelle, que l'enfant institué par son père, ou le patron institué par son affranchi, qui refuse de payer, dans l'an du décès du testateur, les legs dont il est chargé, doit être privé de la

---

(1) Ricard prétend néanmoins que Dumoulin ne doit pas être mis au rang des défenseurs de cette opinion.

Premièrement, dit-il, Dumoulin ne parle en son conseil 35 que du cas où le père a épuisé tous ses biens par des donations entre-vifs. — Mais il suffit de peser les termes de ce grand Jurisconsulte, pour se convaincre que sa résolution est générale; voici comment il s'explique, n. 18 : *Quandò alio universaliter instituto et adeunte, filius particulariter institutus non potest esse heres universalis, etiamsi velit; vel si possit, mavult, verecundè obsequi: vel quandò nihil superest in hereditate, veluti quandò omnia donationibus inter vivos exhauserat, et nihil reliqui fecerat, saltem quod ad Legitimam sufficeret, quia tunc filius (et idem de quovis ex liberis qui aliàs vocaretur ab intestato), non tenetur gerere pro herede, nec testamentum impugnare, etiamsi possit; sed mavult judicio parentis obsequi verecundiâ à jure approbatâ, etiamsi nullâ causâ à jure expressâ exheredatus sit. Undè potest condictione de inofficiosis donationibus petere Legitimam vel ejus supplementum.* On ne peut rien de plus clair et de plus indéfini que ces paroles. Dumoulin ne se borne pas à une espèce particulière, il comprend toutes celles qui peuvent donner lieu à une demande de Légitime; et il répond généralement que le légitimaire n'est point tenu de se rendre héritier, *non tenetur pro herede gerere.*

En second lieu, dit encore Ricard, Dumoulin a détruit en sa note sur l'art. 127 de l'ancienne coutume de Paris, ce qu'il avait dit en son conseil 35 : et en effet, il propose dans cette note l'espèce d'un fils donataire qui veut se tenir à la qualité de légitimaire, et il dit que la distinction établie par les interprètes entre le rapport, la succession et l'imputation dans la Légitime, est inutile dans notre jurisprudence, parceque, pour être légitimaire, il faut faire acte d'héritier; et qu'étant héritier en ligne directe, on ne peut pas faire sa condition meilleure que celle des autres enfans. « Mais, (répond Berroyer), cette note, qui n'a pas été aussi bien digérée que le conseil 35, peut néanmoins se concilier; car il ne veut dire autre chose, sinon qu'il est indifférent à l'enfant donataire qui demande sa Légitime aux autres frères, de rapporter ou d'imputer; il pouvait ajouter, même d'être héritier ou ne l'être pas : car étant héritier, la loi du rapport l'empêche de retirer sa donation, si, par l'événement, il y a moins de reste pour lui dans la succession; et n'étant pas héritier, sa donation est également communiquée à ses frères légitimaires qui y auront une part égale à la sienne, comme sur tout ce qui restera, les dettes payées ».

Source : BIU Cujas

succession ; mais il en excepte formellement la Légitime.

6° Le même législateur décide dans le chap. 38 de sa novelle 123, que la succession d'un père qui s'est fait religieux, doit appartenir à son monastère, et il réserve pareillement la Légitime aux enfans.

7° On a établi ci-dessus que la novelle 115 n'a rien changé à la nature de la Légitime ni à la qualité du légitimaire, quoiqu'elle ait prescrit la formalité de l'institution dans la Légitime, à peine de nullité du testament ; si donc on pouvait, avant cette novelle, être légitimaire sans se rendre héritier, il est clair qu'on le peut encore aujourd'hui : or, un raisonnement bien simple va démontrer qu'il en était ainsi dans la jurisprudence du Code et du Digeste. — Supposons qu'un père eût alors disposé de tous ses biens par testament, et qu'au lieu d'instituer ses enfans dans leur Légitime, il ne leur eût laissé qu'un legs inférieur à la quotité de ce droit ; ces enfans, aux termes de la loi 30, C. *de inofficioso testamento*, qui est encore en usage, n'auraient pas pu arguer le testament du vice de prétérition, ils n'auraient eu qu'une action pour demander un supplément de Légitime. Or, comment auraient-ils exercé cette action en qualité d'héritiers ? Ils ne l'auraient pas pu comme héritiers testamentaires, puisque leur père ne les avait pas institués ; ils ne l'auraient pas pu comme héritiers légitimes, puisqu'il est de principe, dans le droit romain, qu'on ne peut mourir *partim testatus, partim intestatus*. Il n'était donc pas possible qu'ils devinssent héritiers dans leur portion légitimaire ; et, comme nous venons de l'établir, si cela ne se pouvait pas alors, la même impossibilité doit encore subsister aujourd'hui.

8° Deux de nos coutumes adoptent formellement l'opinion que nous soutenons ici ; ce sont celles de Normandie et de Bourgogne. — La première ne donne aux enfans le tiers coutumier qui leur tient lieu de Légitime, que sous la condition *qu'ils aient tous renoncé* à la succession : ce sont les termes de l'art. 399 de cette loi municipale. — La seconde porte, chap. 7, art. 2, « qu'on ne peut exhéréder ses vrais héritiers, qu'on ne leur délaisse leur Légitime. » On peut donc, suivant cet article, laisser la Légitime à un enfant sans en faire un héritier : le mot *exhéréder* ne laisse pas le moindre doute sur la justesse de cette conséquence.

9° A ces raisons bien décisives sans doute, se réunit une considération qui suffirait seule pour nous faire rejeter le système de Coquille, de Ricard, et de Lebrun. — Qu'un père ait fait des donations inofficieuses, et laissé des dettes considérables, il est clair que si les enfans prennent la qualité d'héritiers pour obtenir le retranchement des donations, jusqu'à concurrence de leur Légitime, ils s'exposeront infailliblement aux poursuites de tous les créanciers. « Un inconvénient si notable (dit Ricard lui-même), mérite bien qu'on cherche un remède à ce mal, pour tirer de pauvres enfans de deux extrémités qui les empêchent de recouvrer cette dernière table du naufrage, ne pouvant pas, d'un côté, demander leur Légitime sans prendre la qualité d'héritiers, et ne pouvant pas, d'un autre, se dire héritiers qu'ils ne se rendent incontinent sujets aux dettes ; en quoi il se découvre une injustice que tous ceux qui aiment l'équité voudraient bien surmonter, puisque les créanciers qui veulent charger les enfans de leurs dettes, s'ils se disent héritiers, les empêchent par cette rigueur de jouir d'un bien dont la privation dans la personne des enfans n'apporte aucun profit aux créanciers, et ainsi ils font un grand dommage, dont ils ne ressentent aucun bien : de sorte qu'il n'y a qu'un tiers, savoir, le donataire, qui, regardant cette contestation sans y être engagé, en retient seul l'utilité au préjudice des enfans ». — Tel est, de l'aveu de Ricard, le résultat injuste et odieux de son opinion. En vain cherche-t-il à l'écarter en proposant le bénéfice d'inventaire comme un privilège propre à réunir dans les enfans la qualité d'héritier et le droit de retenir francs et quittes de toutes dettes les biens qu'ils feront retrancher sur les donations entre-vifs. Pour que le bénéfice d'inventaire leur procurât ce double avantage, il faudrait, comme le reconnaît Ricard lui-même, qu'après avoir exercé le retranchement légal sur les donations entre-vifs, ils pussent abdiquer leur qualité d'héritiers bénéficiaires et renoncer à la succession. — Mais, 1° il est d'une jurisprudence constante dans la plus grande partie de la France, que la qualité d'héritier par bénéfice d'inventaire est aussi indélébile que celle d'héritier pur et simple. *V. Bénéfice d'inventaire.* — 2° Si l'on pouvait admettre le fils à renoncer après avoir exercé le retranchement, il faudrait qu'il abandonnât aux créanciers les biens qui lui en sont revenus : « car (dit Berroyer), le principe supposé que l'enfant ne peut faire ordonner le retranchement des donations entre-vifs, sans être héritier pur et simple ou bénéficiaire, ce retranchement ne pourrait être considéré comme une créance, un avantage ou un droit acquis contre la succession du père, dont on veut que le bénéfice d'inventaire empêche la confusion. Mais sur ce retranchement procuré par la qualité d'héritier bénéficiaire, ou même par celle de légitimaire seule, soit que la première vînt à cesser ou non, les créanciers seraient toujours préférés à la Légitime, qui ne peut jamais être prise qu'après les dettes payées, dont le légitimaire est tenu jusqu'à concurrence, comme l'héritier bénéficiaire ». — Il est donc évident que le parti proposé par Ricard, pour faire cesser l'inconvénient de son système, ne peut être d'aucune ressource : et c'est sans doute parcequ'il le sent lui-même, que cet auteur allant plus loin, dit « que l'héritier par bénéfice d'inventaire peut en ce cas retenir sa qualité, sans engager dans les dettes du défunt la portion qu'il a retranchée des donations entre-vifs, qui n'y étaient pas sujettes ; car la raison pourquoi un enfant donataire ou douairier de son père confond dans la succession, avec sa

Source : BIU Cujas

qualité d'héritier, sa donation et son douaire, et qu'il n'en peut tirer avantage tant qu'il retient ce titre, résulte de ce que la qualité de donataire et de douairier est absolument incompatible avec celle d'héritier; de sorte qu'il faut que l'enfant quitte l'une, pour prendre l'autre...; mais ici il n'en va pas de même, parceque tant s'en faut que la qualité de légitimaire soit incompatible avec celle d'héritier, que l'une dépend de l'autre ». — On voit que Ricard donne ici pour raison de décider ce qui est en question, savoir, que la qualité de légitimaire dépend de celle d'héritier. Mais quand on supposerait cette dépendance aussi réelle qu'elle a été démontrée chimérique, le raisonnement de Ricard n'en serait pas plus exact. La partie dépend certainement du tout; cependant il n'est pas possible de se figurer un tout et une partie existant séparément l'un de l'autre: pour concevoir un tout, il faut se représenter la partie confondue avec lui. Ainsi, quand la Légitime serait à l'hérédité ce qu'est le tout à la partie, il répugnerait toujours que les titres de légitimaire et d'héritier reposassent ensemble et séparément l'un de l'autre sur la même tête: c'est précisément ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Paris, du 13 mars 1666, rapporté au Journal des audiences (1), et par un autre du parlement de Flandre, du 7 avril 1690, rapporté par M. Dubois d'Hermanville. « La cour, (dit ce dernier), a débouté le défendeur d'une demande reconventionnelle pour prendre à titre de Légitime les meubles de la maison mortuaire échue à Tournai, parceque la qualité d'héritier universel et principal, prise par le sieur comte de Rumbecque, répugne à celle de légitimaire, ces deux qualités ne pouvant compatir dans la même personne ».

On ne peut sans contredit rien concevoir de plus décisif; les raisons et les autorités se réunissent donc pour établir qu'il ne faut point être heritier pour demander une Légitime.

Il faut convenir cependant que l'opinion contraire a été adoptée par deux de nos coutumes, Chartres et Montargis; la première porte, art. 28, *pourvu que les enfans* HÉRITIERS *dudit testateur ne soient privés et fraudés de leur Légitime*. La seconde dit pareillement, tit. 11, art. 10: *et si la donation est immense et excessive, les enfans* HÉRITIERS *du testateur la peuvent quereller, selon disposition de droit.*

Lebrun prétend même que ces dispositions locales ont été étendues aux coutumes muettes par un arrêt du 3 décembre 1642. « Cet arrêt, dit-il, n'adjugea la Légitime à Marie de Saint-Vaast, fille majeure, qu'après qu'elle eût pris des lettres contre la renonciation par elle faite à la succession de son père. Car elle avait renoncé pour obtenir le douaire de sa mère, dans lequel elle n'avait pas trouvé son avantage; et l'arrêt, en entérinant les lettres contre la renonciation, lui ordonne la delivrance de sa Légitime, et juge d'ailleurs que cette Légitime se devait prendre sur des biens sur lesquels les créanciers n'avaient point d'hypothèque, et que l'acceptation que faisait cette fille légitimaire de la succession de ses père et mère, sous bénéfice d'inventaire, lui donnait lieu de profiter de sa Légitime, sans qu'elle fût sujette à la poursuite des créanciers ».

Mais il y a beaucoup d'inexactitude dans cet exposé. — L'arrêt dont il s'agit, est inséré dans le Journal des audiences; et comme il contient les plaidoyers sur lesquels il a été rendu, il est aisé de connaître les points de droit qu'il a décidés.

Marie de Saint-Vaast demandait sa Légitime à ses frères et à ses sœurs sur les sommes qui leur avaient été données par contrat de mariage. Ceux-ci lui opposaient trois moyens: 1° sa renonciation; 2° le droit qu'auraient eu les créanciers de se pourvoir sur la Légitime qui lui serait adjugée; ce qui en aurait rendu l'effet absolument inutile pour elle; 3° l'affranchissement des donations en faveur de mariage, de toute contribution à la Légitime. — De ces trois moyens, le dernier est le seul sur lequel l'arrêt ait prononcé; et conséquemment l'unique point jugé dans cette cause, est que les dots et les donations en faveur de mariage sont sujettes au retranchement de la Légitime. Le plaidoyer de M. l'avocat général Briquet le prouve clairement. Après avoir rendu compte des faits, ce magistrat dit: « Ainsi, de ce fait résulte une seule question de droit importante et fort nécessaire en ce temps, qui est de savoir si les gendres ou les enfans qui ont eu des donations en faveur de mariage, sont tenus de fournir ou suppléer la Légitime aux autres enfans qui n'ont rien touché des successions de leur père ou mère, ou moins qu'il ne leur appartenait par la coutume ». — Il ne faut d'ailleurs que réfléchir à la position des parties, pour se convaincre que l'arrêt n'a pu rien décider à l'égard des deux premières questions élevées par les adversaires de Marie de Saint-Vaast. — D'abord, la circonstance de sa renonciation était devenue tout-à-fait indifférente, parcequ'elle s'en était fait relever, et que, pour nous servir des termes de M. l'avocat général Briquet, « le moyen des lettres était très pertinent, puisqu'elle avait renoncé par erreur, espérant que les choses contenues dans sa donation, lui demeureraient ». — Quant au moyen que tiraient les frères et les sœurs du droit qu'auraient eu les créanciers de la succession de se pourvoir sur la Légitime demandée par Marie de Saint-Vaast, il suffisait à celle-ci de répondre qu'on ne peut point exciper du droit d'un tiers; que ce n'était point à ses frères et à ses sœurs à examiner ce qui se passerait entre elle et les créanciers; qu'ils devaient toujours lui fournir sa Légitime; et qu'après cela, si les créanciers l'inquiétaient, elle prendrait à leur égard tel parti qu'elle trouverait bon. — Le dispositif de l'arrêt confirme tout ce

(1) C'est le dernier des arrêts de l'année 1666; il est rapporté hors du véritable ordre de sa date.

Source : BIU Cujas

que nous avançons : en voici les termes : «La cour... ayant aucunement égard aux lettres, ordonne que la demanderesse aura délivrance de sa Légitime, à proportion, à son égard, de ce qui se justifiera par les défendeurs avoir chacun d'eux reçu des successions de leurs père et mère, déduction aussi faite de ce qui se justifiera avoir été reçu par la demanderesse desdites successions, et sans dépens ».

C'est donc sans fondement que Lebrun cite cet arrêt comme ayant jugé *que l'acceptation que faisait la fille légitimaire de la succession de ses père et mère sous bénéfice d'inventaire, lui donnait lieu de profiter de sa Légitime, sans qu'elle fût sujette à la poursuite des créanciers :* il n'y a pas un mot de tout cela dans l'arrêt.

Mais au moins les mots, *ayant aucunement égard aux lettres*, ne semblent-ils pas faire entendre que le parlement n'aurait pas admis la demande de Légitime, si la fille ne s'était pas fait relever préalablement de sa renonciation ? Cette conséquence paraît assez spécieuse, mais elle n'est rien moins que certaine. Si Marie de Saint-Vaast s'était bornée à une simple répudiation d'hérédité, elle aurait très bien pu soutenir qu'elle n'avait pas besoin de lettres de restitution pour faire recevoir sa demande ; mais elle avait été plus loin, elle avait accepté le douaire de sa mère : or, les qualités de douairière et de légitimaire sont incompatibles, puisque le douaire est une dette, et que la Légitime ne peut être prise qu'après toutes les dettes payées. Ainsi, de ce chef il lui fallait nécessairement des lettres ; et c'est sans doute là-dessus que porte la clause de l'arrêt, *ayant aucunement égard.*

Si toutes ces raisons ne suffisent pas pour détruire le préjugé que tire Lebrun de cette clause, en voici une qui est sans replique. Le jour qu'a été rendu l'arrêt dont il s'agit, c'est-à-dire, le 3 décembre 1642, il en est intervenu un autre *entre les enfans et les créanciers de Vaulte, notaire, plaidans maîtres Deffita, Gorillon et Hébert, qui a jugé que la seule qualité d'enfant suffisait, et qu'il n'était point nécessaire de se dire héritier pour obtenir sa Légitime.* C'est Lebrun lui-même qui s'exprime ainsi : or, est-il probable que le parlement ait rendu le même jour deux arrêts aussi contraires l'un à l'autre que le suppose cet auteur? On dira peut-être qu'ils sont émanés de différentes chambres ; mais quand on admettrait cette hypothèse, la contrariété n'en serait pas moins invraisemblable, puisque les deux avocats qui plaidaient dans la cause de Marie de Saint-Vaast, savoir, Deffita et Gorillon, ont encore plaidé dans celle dont nous venons de parler.

III. Nous avons déjà insinué que la répudiation de l'hérédité n'exclut pas du droit de demander la Légitime, et cela, dit Furgole, « doit avoir lieu quand même la répudiation serait faite sans que le légitimaire eût réservé sa Légitime. C'est la jurisprudence du parlement de Toulouse qui le juge ainsi tous les jours sans aucune difficulté : j'en ai remarqué un arrêt, entre plusieurs autres que j'ai vu rendre, du 2 mai 1726, au rapport de M. Deigua, en la grand'chambre, en faveur de Jean Caubet, contre Jean Rigaud, par lequel arrêt la Légitime fut adjugée à Caubet sur le patrimoine de son père, dont il avait répudié l'hérédité, quoiqu'il ne l'eût point réservée en répudiant ».

Pallu, sur les art. 252 et 309 de la coutume de Touraine, rapporte trois arrêts du parlement de Paris, qui ont jugé la même chose. Le premier, qu'il dit avoir vu en forme, est de l'année 1598. Il date le second du 3 décembre 1642 ; c'est probablement celui que Lebrun dit avoir été rendu *entre les enfans et les créanciers de Vaulte.* Le troisième est du 26 août 1659 : Pallu le rapporte fort au long, et il mérite à cet égard d'autant plus de foi, qu'il avait été lui-même partie au procès en qualité de créancier des sieurs Degat père et fils.

IV. On demande si un fils qui jouit d'une partie des biens de son père à titre de Légitime, est censé avoir fait acte d'héritier? Cette question est déjà décidée par les principes que nous venons de développer. — Puisqu'il ne faut pas se rendre héritier pour appréhender une Légitime, il est clair que la jouissance d'une portion légitimaire ne peut point être regardée comme une acceptation d'hérédité ; car on n'est présumé faire acte d'héritier par la disposition ou appréhension des biens du défunt, que quand cette disposition ou appréhension ne pourrait pas avoir lieu sans la qualité d'héritier.

Mais un légitimaire qui se trouverait en possession de toute l'hérédité, ne pourrait pas disconvenir d'avoir fait acte d'héritier ; son droit de Légitime ne pourrait lui servir ni d'excuse ni de prétexte, parcequ'au lieu de se borner à l'exercer, il aurait étendu son appréhension à d'autres objets. La loi 78, D. *de acquirendâ hereditate*, décide que l'héritier présomptif qui jouit, au-delà de sa portion, d'une chose commune entre lui et le défunt, fait acte d'héritier : *Duo fratres fuerant, bona communia habuerant : eorum alter intestato mortuus suum heredem non reliquerat. Frater qui superat, nolebat ei heres esse. Consulebat nùm ob eam rem quòd communibus, cùm sciret eum mortuum esse, usus esset, hereditati se alligasset. Respondit, nisi eo consilio usus esset, quòd vellet se heredem esse, non astringi. Itaque cavere debet ne quâ in re plus suâ parte dominationem interponeret.* Il en doit donc être de même du légitimaire, puisqu'il n'est que copartionnaire dans les biens soumis à son droit de Légitime.

Nous pourrions placer ici la question de savoir si l'on peut être héritier dans une coutume, et légitimaire dans une autre ; mais comme elle est liée à celle de savoir comment doit être fixée la Légitime d'une succession composée en partie de réserves coutumières, il est à propos de la renvoyer à la sect. 8, §. 3.

Source : BIU Cujas

§. II. *En quoi conviennent ou diffèrent la Légitime et le douaire des enfans ?*

I. Le douaire des enfans n'est, comme on le sait, que le droit que leur accordent certaines coutumes de prendre en propriété, après la mort de leur père, la portion de ses immeubles, dont leur mère a eu l'usufruit à titre de douairière.

On assimile communément ce droit à une espèce de Légitime, et en effet il y a entre l'un et l'autre plusieurs traits d'analogie. — 1° La Légitime et le douaire sont des quotes des biens du père. — 2° On ne peut prendre ni l'une ni l'autre sans renoncer à la succession paternelle. — 3° Ce ne sont point des libéralités du père, mais des dettes que la loi imprime sur ses biens, et dont il est chargé envers ses enfans dès le moment de leur naissance. — 4° Le légitimaire et le douairier sont également tenus au rapport. Nous verrons dans la sect. 8, §. 3, que celui qui demande sa Légitime doit rapporter les donations qu'il a reçues du défunt, pour les imputer ou moins prendre ; et l'on a vu au mot *Douaire*, sect. 4, §. 5, que la même obligation est imposée à l'enfant douairier.

II. Mais si le douaire convient avec la Légitime sur certains points, il en diffère aussi à bien des égards.

1° La Légitime est une dette du droit naturel et du droit civil ; le douaire n'est fondé que sur les coutumes, encore n'est-il pas admis dans tous les pays coutumiers. — 2° La Légitime se prend également sur les biens du père et sur ceux de la mère; le douaire n'a lieu que sur les biens du père. — 3° La Légitime ne saisit point : le douaire saisit en plusieurs coutumes. — 4° La Légitime ne peut être prise sur une succession qu'après toutes les dettes déduites ; elle n'est préférée qu'aux donations et aux legs; le douaire, dans la plupart des coutumes, se prend sur les biens qu'avait le père au moment du mariage, et il est préféré à toutes les dettes postérieures à cette époque. — 5° La Légitime ne peut être ôtée aux enfans sans cause valable; mais il dépend toujours d'un père de ne pas leur accorder de douaire : il ne faut pour cela qu'une clause de contrat de mariage.

III. La coutume de Normandie paraît rejeter toutes ces différences, et confondre absolument le douaire avec la Légitime. Elle dit, art. 399, que *la propriété du tiers destiné pour le douaire de la femme, est acquise aux enfans ;* et elle ne donne point à ceux-ci d'autre Légitime que ce tiers.

Il ne faut pas cependant conclure de là que le douaire et la Légitime soient deux choses parfaitement identiques en Normandie : il y a entre l'un et l'autre deux différences notables.

Premièrement, le douaire ne se prend que sur les biens du père ; et l'art. 404 porte que « pareillement la propriété du tiers des biens que la femme a lors du mariage, ou qui lui écherront constant le mariage, ou lui appartiendront à droit de conquêts, appartiendra à ses enfans, aux mêmes charges et conditions que le tiers du mari ».

En second lieu, il n'est pas toujours vrai que la femme doive avoir pour son douaire ce qui est laissé aux enfans pour leur tiers paternel, ni qu'elle ne puisse pas en avoir un plus grand; c'est ce que déclare nettement l'art. 400 : « S'il y a enfans de divers lits (porte-t-il), tous ensemble n'auront qu'un tiers, demeurant à leur option de le prendre eu égard aux biens que leur père possédait au temps des premières, secondes ou autres nôces, et sans que ledit tiers diminue le douaire de la seconde ou troisième femme, lesquelles auront plein douaire sur le total du bien que le mari avait lors des épousailles ». Si, aux termes de cet article, le tiers des enfans ne diminue point le douaire de la seconde ou troisième femme, il est évident que ce douaire peut être plus grand que le tiers. — Quelques exemples rendront cette vérité plus sensible.

Un père possédait peu de biens lors de son premier mariage, et il a eu des enfans de ce lit; il était plus riche au temps de son second mariage, mais il n'en a point eu d'enfans. — Dans cette espèce, le douaire de la seconde femme comprendra le tiers du *total du bien que le mari avait lors des épousailles* contractées avec elle; mais le tiers des enfans ne pourra être pris que sur les biens dont le père était saisi au temps de son premier mariage, et par conséquent il sera moindre que le douaire.

Voici au contraire un cas où il doit l'excéder. Un homme se marie en premières nôces avec des biens considérables; mais il en dissipe une grande partie et contracte beaucoup de dettes : sa femme lui donne des enfans, et meurt; il se remarie. — Il est clair que ses enfans, en prenant leur tiers sur le patrimoine qu'il avait au moment de son premier mariage, auront plus que ne peut comprendre le douaire de la seconde femme, puisqu'elle ne peut le prendre que sur les biens qui restaient à son mari, lorsqu'elle l'a épousé.

Ainsi, quand la coutume décide que *la propriété du tiers destiné pour le douaire, est acquise aux enfans*, elle parle du cas qui arrive le plus souvent, c'est-à-dire, de celui où le père n'a été marié qu'une fois : alors en effet le douaire et le tiers des enfans ne sont vraiment qu'une même chose ; mais quand il a été marié plusieurs fois, il peut se trouver une différence notable entre l'un et l'autre droit.

C'est faute d'avoir bien saisi ces principes, qu'a été rendu au parlement de Paris un arrêt du 7 septembre 1672, qui contrarie directement l'esprit et la lettre de la coutume de Normandie.

Il s'agissait de savoir en quoi devait consister le douaire d'Anne de Chourses, seconde femme de Jean-Thomas de Verdun, lieutenant criminel du bailliage de Rouen. Jean-Thomas de Nestanville,

Source : BIU Cujas

fils du premier lit, avait renoncé à la succession de son père, et pris le tiers des biens possédés par celui-ci au temps du mariage qui lui avait donné le jour. Sa belle-mère prit de là occasion de soutenir que ce même tiers devait lui être adjugé pour son douaire : voici comment elle raisonnait. — L'art. 399 de la coutume de Normandie, déclare le tiers destiné pour le douaire de la femme, acquis aux enfans; le douaire est donc toujours l'usufruit du tiers dont les enfans ont la propriété. La coutume ne distingue point si la femme et les enfans sont d'un même lit ou de mariages différens; ainsi, les mots *femme et enfans* doivent s'entendre généralement de la femme et des enfans survivans; et c'est ce qui résulte de l'article suivant : *S'il y a enfans de divers lits, tous ensemble n'auront qu'un tiers.* Si la coutume avait pensé autrement, elle aurait employé le terme de *mère* au lieu de celui de *femme*; et elle aurait dit *ses enfans*, au lieu de parler d'*enfans* en général. — Ce raisonnement a été adopté par l'arrêt dont il s'agit; mais il paraît bien faible quand on le rapproche des textes de la coutume. Ce n'est point par l'art. 399 que cette loi municipale a entendu fixer le douaire; elle n'a voulu déterminer, dans ce texte, que la quotité de la Légitime des enfans. Le douaire est réglé par l'art. 367; c'est là le véritable siège de cette matière. Or, suivant cet article, les femmes ne peuvent jamais avoir pour douaire que *l'usufruit du tiers des choses immeubles dont le mari est saisi lors de leurs épousailles.* Ce mot *leurs* prouve clairement que l'époque du mariage de chaque femme est comme un point immobile et inaltérable qu'il faut toujours considérer dans la liquidation du douaire. Peu importe à la femme que son mari ait des enfans d'un ou de plusieurs mariages, ou même qu'il n'en ait point du tout; son douaire demeure toujours fixé au tiers des biens que son mari possédait au moment où il l'a épousée. C'est d'ailleurs ce qui est nettement décidé par l'art. 87 des placités de 1666 : « La seconde femme ne peut avoir douaire que sur les biens dont elle a trouvé son mari saisi lors de leur mariage, ou qui lui sont échus en ligne directe ».

§. III. *En quoi conviennent ou diffèrent la Légitime et les réserves coutumières ?*

I. On entend par *réserves coutumières*, les portions des biens que les coutumes déclarent indisponibles, et qu'elles assurent par ce moyen aux héritiers.

On en distingue de deux sortes : — les unes n'ont lieu qu'en faveur des descendans; telles sont celles que l'on connaît dans certaines coutumes d'égalité parfaite, et dans les pays où la dévolution est établie en faveur des enfans dont le père ou la mère a convolé à de secondes nôces. *V. Coutumes*, §. 6; et *Dévolution coutumière*, §. 2. — Les autres réserves sont celles que les coutumes ont introduites pour les collatéraux comme pour les enfans, et ce sont les plus ordinaires.

Les coutumes se sous-divisent encore là-dessus en deux classes; les unes limitent les réserves aux dispositions de dernière volonté : les autres les étendent aux donations entre-vifs.

Ces notions supposées, il est aisé de voir en quoi conviennent et en quoi diffèrent généralement les réserves et la Légitime.

II. Elles conviennent, en ce qu'il n'est pas plus au pouvoir de l'homme de déroger aux unes, que d'ôter ou diminuer l'autre. — Mais elles diffèrent en plusieurs points.

1° On ne peut pas demander les réserves sans se rendre héritier; et nous avons prouvé dans le §. 1 de cette section, que cette qualité est incompatible avec celle de légitimaire.

2° « Les réserves (dit Lebrun), composent ou augmentent la succession *ab intestat* : car si quelqu'un a disposé de ses propres au-delà de ce qui lui est permis par la coutume, cela se trouve de plein droit dans la succession *ab intestat*, à cause de la nullité de la disposition qui ne subsiste qu'à proportion qu'elle n'est pas contre la prohibition expresse de la loi municipale; au lieu que la Légitime ne s'obtient que contre les donations qui subsistent d'elles-mêmes, et qui sont d'ailleurs conformes à la coutume. C'est pourquoi l'on juge que les enfans donataires qui se tiennent à leur don, ne font point part dans les quatre quints, ou telle autre partie des propres que la coutume veut être réservée aux héritiers *ab intestat*; au lieu qu'ils font part dans la Légitime, et diminuent la part des légitimaires. Et en cela, l'on considère ces quatre quints ou cette autre portion, comme des biens qui sont de plein droit dans la succession *ab intestat*, et dans lesquels les renonçans n'ont point de part et ne font point de part ».

3° La Légitime n'a été introduite que pour assurer des alimens à ceux à qui elle est due : les réserves doivent leur origine au zèle de nos coutumes pour la conservation des biens dans les familles.

4° Le légitimaire est obligé, comme on le verra ci-après, sect. 8, §. 3, d'imputer sur la portion qu'il demande en cette qualité, tous les avantages dont le défunt l'a gratifié, parcequ'ils sont regardés comme des à-comptes de son espèce de créance. L'héritier, au contraire, n'impute rien en exerçant ses réserves, parceque l'affectation des biens indisponibles à sa ligne n'est ni détruite ni diminuée par les donations qui lui ont été faites sur les biens libres.

III. Quelque frappantes que soient ces différences, il y a des auteurs qui prétendent assimiler entièrement les réserves avec la Légitime; et, suivant eux, on doit toujours régler la quotité de celle-ci sur le taux auquel les coutumes fixent celles-là.

Pour apprécier ce système avec justesse, il faut le considérer et par rapport aux coutumes qui bornent les réserves aux dispositions testamentaires,

Source : BIU Cujas

et par rapport à celles qui y comprennent même les donations entre-vifs.

On convient assez que les premières coutumes, en établissant les réserves, n'ont point entendu régler la Légitime : en effet, la Légitime se prend sur les biens dont le défunt a disposé entre-vifs, comme sur ceux qu'il a donnés ou légués par son testament. Or, il pourrait arriver dans ces coutumes, qu'un homme épuisât toute sa fortune en libéralités entre-vifs, et ne laissât rien à sa mort : si donc on regardait les réserves qu'elles établissent, comme une Légitime proprement dite, les premières devenant sans objet, faute de biens sur lesquels elles pussent agir, la seconde se trouverait pareillement réduite à rien, quoique, de sa nature, elle dût opérer sur les donations entre-vifs.

Aussi avons-nous plusieurs coutumes de la classe dont nous parlons, qui distinguent ces deux objets de la manière la plus précise. Celles de Paris, art. 292; d'Orléans, art. 295; de Senlis, art. 217; de Valois, art. 84; de Clermont en Beauvoisis, art. 130; de Nivernais, ch. 33, art. 1; de Chartres, art. 91; de Mante, art. 155; d'Auxerre, art. 225; de Melun, art. 246; du Grand-Perche, art. 129, fixent les réserves testamentaires aux quatre quints des propres tant féodaux que roturiers; Péronne, art. 65, et Chauny, art. 61 et 85, les déterminent aux deux tiers des propres tenus en roture, et aux quatre quints de ceux qui sont tenus en fief. Montargis, ch. 13, art. 2, ne permet la disposition des propres *que jusques au quint en fief et au quart en censive.* Bourbonnais, art. 291, et Auvergne, tit. 14, art. 12, interdisent tout acte de dernière volonté qui excèderait le quart des biens quelconques du testateur. — Et cependant toutes ces coutumes, comme on peut le voir par les textes cités plus haut, sect. 1, n. 3, réservent expressément la Légitime de droit aux enfans.

La coutume d'Amiens, art. 57, adopte les mêmes réserves que la coutume de Paris; et l'on a vu ci-dessus, sect. 1, n. 4, que les arrêts y ont pareillement introduit la Légitime.

Voilà certainement des preuves bien claires qu'il n'est pas dans l'esprit général de notre droit coutumier, de confondre les réserves avec la Légitime, ni de prendre celle-là pour règles de celle-ci.

La coutume de Gand paraît à la première vue contraire à ce principe. Voici ce qu'elle porte, rub. 28, art. 2 : « Personne ne peut, par testament ou dernière volonté, disposer ou donner plus que jusqu'au tiers de tous les biens de lui donateur, et non pas davantage; et si la disposition excède, elle est réduite jusqu'audit tiers; de sorte que chaque héritier doit avoir les deux tiers de son contingent *pour sa portion Légitime* ». — On ne peut rien, ce semble, de plus positif que ces termes : ils donnent aux collatéraux, comme aux descendans, les deux tiers de leur portion *ab intestat* pour leur *Légitime;* ils identifient donc les réserves établies en faveur des héritiers quelconques, avec la Légitime dont la demande ne peut être faite, de droit commun, que par un petit nombre de personnes privilégiées; et par conséquent il faut, au moins dans cette coutume, écarter toute distinction entre ces deux objets.

Prenons garde cependant de nous laisser surprendre par la lettre de cette loi, et cherchons à pénétrer son esprit. Combien n'y a-t-il pas d'auteurs qui désignent la réserve par les mots *Légitime de coutume?* Les rédacteurs de la coutume de Gand n'ont-ils pas pu adopter cette expression, pour faire d'autant mieux sentir l'indisponibilité des deux tiers qu'ils mettaient en réserve? Et s'il est possible d'admettre cette interprétation (ce qu'on ne saurait révoquer en doute, puisqu'il faut toujours se rapprocher du droit commun et des vrais principes), comment pourrait-on raisonnablement soutenir que la Légitime de droit est fixée dans cette coutume, aux deux tiers de tous les biens de celui qui la doit?

On dira peut-être que ce n'est là qu'une probabilité, et que dans l'incertitude sur le sens d'une loi, il faut se tenir à celui que la lettre présente : mais voici quelque chose de plus clair et de plus précis. — Si la coutume de Gand avait entendu fixer la Légitime proprement dite aux deux tiers, elle aurait certainement accordé aux légitimaires le droit de faire réduire jusqu'à cette concurrence les donations entre-vifs qui préjudicieraient à cette portion; car c'est ce droit qui distingue principalement la Légitime d'avec les réserves, dans les coutumes qui bornent celles-ci aux dispositions testamentaires : or, non seulement elle ne le leur a point donné en termes exprès, mais elle a déclaré formellement que les donations entre-vifs ne pourraient être révoquées pour la Légitime, que proportionnellement au taux auquel les lois romaines l'ont fixée. C'est la disposition précise de l'art 1er de la rubr. 12 : « Chaque personne étant maître de soi ..... peut disposer par donation entre-vifs..... de son bien propre, meuble et immeuble, en tout ou en partie....., et lesdites donations sortissent leur effet.....; sauf les causes d'ingratitude, de la survevance d'enfant après la donation, *comme encore du don et de la donation inofficieuse, qui demeureront à la disposition du droit écrit* ». — Ce texte nous fait voir très clairement que la Légitime n'est pas différente en cette coutume de ce qu'elle est dans le droit commun; et par conséquent il en résulte que l'art. 2 de la rub. 28 ne parle pas d'une Légitime proprement dite, mais d'une simple réserve coutumière.

La coutume d'Audenarde admet la même quotité pour la Légitime que pour la réserve coutumière; mais la manière dont elle le fait, annonce clairement que ses rédacteurs étaient bien convaincus de la différence qu'il y a entre l'une et l'autre. Voici ce qu'elle porte, rub. 20, art. 6 : « Personne, *ayant des enfans ou point*, ne peut léguer ou donner par testament, codicille ou autre dernière volonté, plus du tiers de ses biens situés en Flandre ». L'art.

Source : BIU Cujas

7 ajoute : « Chacun héritier du testateur doit avoir les deux tiers de la succession francs et non chargés, et quittes de toutes dispositions du testament ». — Si cette coutume avait confondu la Légitime avec la réserve qu'elle établit par ces textes, elle n'en aurait pas dit davantage; elle aurait cru avoir pourvu suffisamment à la première, par l'établissement de la seconde. Mais elle a été plus loin, parcequ'elle a senti que son intention, par rapport au taux de la Légitime, n'était rien moins qu'exprimée : en conséquence, elle a déclaré, rub. 8, art. 1, que « chaque personne a la faculté de disposer, par donation libérale entre-vifs et de main chaude, de tous ses biens, meubles ou immeubles ....., pourvu que ladite donation ne soit pas..... au-dessus du tiers des biens, au préjudice des ascendans ou des enfans, ou des enfans des enfans *in infinitum*, et aussi des frères et sœurs, lorsque ladite donation serait faite à personne infâme ». — Cette disposition diffère en deux points essentiels des art. 6 et 7 de la rub. 20 : 1° en ce qu'elle est bornée aux personnes qui ont droit de Légitime, comme on le verra plus particulièrement dans la section 3; 2° en ce que le retranchement qu'elle ordonne, porte expressément sur les donations entre-vifs. — Il n'est pas possible de méconnaître à ces deux circonstances, le véritable caractère de la Légitime, ni la différence qui existe entre elle et la réserve coutumière, ni enfin la nécessité dans laquelle se sont trouvés les rédacteurs d'ajouter à leur coutume l'article que nous venons de transcrire, pour empêcher que, malgré les art. 6 et 7 de la rub. 20, on ne réglât le taux de la Légitime sur le droit romain.

D'après cela, rien de plus aisé que de décider, par rapport aux autres coutumes de la Flandre flamande, si les deux tiers qu'elles assurent aux héritiers du sang, forment une Légitime, ou seulement une réserve.

La coutume de Bruges défend, tit. 13, art. 2, de disposer de plus d'un tiers par testament; et elle permet, tit. 15, art. 2, de donner tout par acte entre-vif. — Il en est à peu près de même de Furnes, tit. 18, art. 1, et tit. 20, art. 6; de Nieuport, rubr. 11, art. 1, et rubr. 22, art. 3; d'Ecloo, rubr. 12, art. 2, et rubr. 20, art. 2; de Bouchaute, rubr. 9, art. 1, et rubr. 24, art. 2; d'Assenède, rubr. 6, art. 1, et rubr. 21, art. 2; d'Ypres, rubr. 8, art 1, et rubr. 9, art. 2; d'Alost, rubr. 11, art. 1, et rubr. 21, art. 1; de Courtrai, rubr. 14, art. 1 et 4; de Termonde, rubr. 9, art. 2, et rubr. 18, art 1; de Waes, rubr. 5, art. 1; de Bergues, rubr. 16, art. 1, et rubr. 23, art. 1. — Plusieurs de ces coutumes portent expressément, comme celle de Gand, que *chaque héritier doit avoir les deux tiers de son contingent pour sa portion Légitime*; mais aussi elles déclarent presque toutes que la querelle d'inofficiosité contre les donations entre-vifs demeurera sous la disposition du droit écrit; conséquemment il faut leur appliquer tout ce que nous avons dit sur la coutume de Gand, c'est-à-dire, regarder la *portion Légitime* dont elles parlent comme une simple réserve, et leur adapter la Légitime de droit, telle qu'elle est déterminée par les lois romaines.

IV. Il y a plus de difficulté sur la question de savoir si les réserves coutumières tiennent lieu de Légitime dans les coutumes qui les étendent aux donations entre-vifs.

Cette question ne peut pas être d'un grand usage pour les successions dont tous les biens sont soumis à de pareilles réserves, parcequ'il importe peu à l'enfant qui a sa portion entière, de la prendre à titre de réserve ou à titre de Légitime; mais elle doit s'élever fréquemment dans les successions composées de biens répandus dans des coutumes de différentes espèces. — En effet, il est de principe, comme on le verra ci-après, sect. 6, sur la fin, et sect 8, §. 3, que la Légitime se règle par la loi de la situation de chaque patrimoine qui doit en souffrir la détraction; et que l'excédant de la réserve, dans chaque coutume, sur la Légitime, doit être imputé sur la Légitime due par les biens des autres coutumes : on sent qu'il doit résulter de là une grande différence entre l'hypothèse de la confusion de la Légitime avec la réserve, et celle de la distinction de l'un de ces droits d'avec l'autre. Il est donc très important de donner à la question proposée une décision précise, lumineuse et raisonnée.

On peut ranger en deux classes les coutumes qui étendent les réserves aux donations entre-vifs : les unes ne font tomber l'indisponibilité que sur la totalité ou une partie de certains biens; les autres y assujettissent les biens quelconques, soit en tout, soit en partie.

V. Dans la première classe, sont les coutumes d'Artois, art. 91, de Ponthieu, art. 20 et 25, de Boulonnais, art. 92, qui réservent tous les propres, à moins que la donation n'en soit faite du consentement de l'héritier présomptif; celles de Calais, art. 66, de Vermandois, art. 51, et de Reims, art. 232, qui réservent la moitié des propres; celles de Châlons, art. 63, de Verdun, tit. 5, art. 1, et de Bailleul, rubr. 14, art. 3 et 10, qui réservent, la première les deux tiers des propres anciens, la seconde les deux tiers des propres même naissans, la troisième les deux tiers des propres quelconques.

Il est certain que ces différentes réserves ne peuvent pas tenir lieu de Légitime, parceque, dit Boullenois, « elles sont telles, qu'un enfant pourrait ne point trouver dans la succession une Légitime de droit, en ce qu'elles ne tombent que sur certains biens qu'un père, pourrait ne pas avoir ». Aussi avons-nous vu plus haut, sect. 1, que la jurisprudence des arrêts a toujours établi, en Artois, en Ponthieu et en Boulonnais, la différence la plus marquée entre la Légitime de droit et les réserves coutumières : c'est ce qui paraît même spécialement par l'arrêt des Coffin, du 6

Source : BIU Cujas

septembre 1752, en ce qu'il défère à l'aîné l'option des réserves portées par la coutume d'Artois, et la Légitime de droit, telle qu'elle est réglée par l'art. 298 de la coutume de Paris.

Cette différence est encore plus sensible dans les coutumes de Calais, de Vermandois, de Reims, de Châlons, de Verdun et de Bailleul; toutes ces lois déclarent positivement que la permission accordée par elles de disposer de la moitié ou du tiers des propres, ne portera aucun préjudice à la Légitime des enfans : on ne peut certainement pas de preuve plus évidente de la distinction qu'elles font de la portion légitimaire d'avec les réserves.

On doit compter dans la même classe les coutumes d'Anjou, de Poitou et du Lodunois, puisqu'elles affranchissent tous les meubles des réserves auxquelles elles soumettent en partie les autres biens. — Il y a cependant des auteurs qui prétendent faire passer ces réserves pour des Légitimes proprement dites : c'est ce que pensent, entre autres, Boullenois sur Rodemburg, tome 1, page 321; Boucheul et Lelet, sur la coutume de Poitou, art. 203; Dupineau, sur celle d'Anjou, art. 322; — Et, ce qu'il y a d'étonnant, leur opinion paraît avoir été adoptée par un arrêt du 10 août 1624 dont voici l'espèce :

« Le lundi 10 août 1624, au rôle de Poitiers, (c'est Dufresne qui parle, dans son Journal des audiences) fut jugé qu'en la coutume d'Anjou, qui ne dispose particulièrement quelle doit être la Légitime, il la fallait régler aux deux tiers dont la coutume défend de tester ou disposer par testament ». — La contestation s'était élevée au sujet d'un arrêt qui avait ordonné une détraction de Légitime au profit des créanciers d'un fils chargé d'une substitution universelle : et comme l'arrêt ne spécifiait point la quotité de cette Légitime, « on soutint (continue Dufresne) que la coutume n'en disposant point, il fallait avoir recours au droit écrit. Les juges d'Angers la définirent aux deux tiers des biens dont l'aïeul n'avait pu disposer par testament, dont appel : par arrêt, l'appellation au néant, ordonné que ce dont est appel sortirait son effet ».

Dufresne fait là-dessus une observation judicieuse : « Il semble qu'au premier arrêt, il aurait été plus équitable d'ordonner que les créanciers seraient subrogés aux droits de leur débiteur, pour poursuivre le droit successif qui lui devait échoir *ab intestat*, et dont il n'avait été loisible à l'aïeul de disposer par testament, auquel cas, en exécution d'arrêt, il n'eût été question que de disputer la disposition des deux tiers des biens, desquels l'aïeul n'avait pu disposer par la coutume, au préjudice de son fils et en fraude de ses créanciers ».

Cet auteur, comme l'on voit, n'approuve pas la confusion que l'arrêt cité a faite de la réserve coutumière avec la Légitime de droit. Ce n'est pas cependant que, dans l'espèce dont il s'agissait, on ne dût adjuger aux créanciers qu'une portion légitimaire; non, ils avaient droit à toute la réserve, et c'est avec justice qu'ils l'ont obtenue, puisqu'elle ne pouvait pas plus être entamée ou grevée que la Légitime. Mais si le défunt eût laissé des biens en différentes coutumes, la nécessité de l'imputation dont nous avons déjà parlé, aurait obligé les juges de distinguer la Légitime de la réserve; et alors le taux de la première portion n'aurait pas été réglé sur celui de la seconde, mais sur le droit commun. C'est ce qui a été jugé pour la coutume d'Anjou même, par deux arrêts des 31 mars 1618 et 6 septembre 1674. Ce dernier a été aussi rendu pour la coutume de Poitou; et il a été suivi, à l'égard de la même loi, d'un autre du 12 mars 1715, et d'un troisième sans date, qui a confirmé une sentence de Poitiers, du 20 août 1747. Tous ces arrêts se trouvent ci-après, sect. 6.

VI. Les coutumes de la seconde classe sont, Berry, tit. 7, art. 7, qui réserve aux enfans la moitié de tous les biens, meubles, immeubles, acquêts et propres; Touraine, art, 233, qui leur réserve les deux tiers des propres, avec la moitié des acquêts et des meubles; la Rochelle, qui statue, art. 44, *qu'aucun ne peut donner ni léguer à autre, soit par testament ou autrement, de ses biens meubles et acquêts immeubles, s'il n'a héritage paternel, maternel ou collatéral, que les deux parts desdits acquêts immeubles ne demeurent à ses héritiers; et s'il n'a que meubles, que les deux parts desdits meubles ne demeurent à sesdits héritiers.* — Telles sont aussi les coutumes de Normandie et de Vitry, dans lesquelles la réserve pour les enfans est de toute leur portion héréditaire, sauf, dans la première, le tiers des meubles dont le père et la mère peuvent disposer à leur gré. — Enfin, telles sont en Flandre, Cassel et Renaix : l'une porte, art. 233, que *personne ne pourra, par contrat de mariage ni par autre donation entre-vifs ou à cause de mort, priver et exclure son héritier de sa Légitime, c'est à savoir des deux tiers des héritages, rotures et des catteux qui lui échoient* ab intestat, *sans charge d'aucun legs ou des funérailles.* L'autre déclare, tit. 15, art. 2, que *l'on peut faire donation aussi bien des fonds d'héritages, des biens meubles, catteux, que des autres, tels qu'ils soient, pourvu que la donation n'excède pas la troisième partie des biens du donateur.*

Boullenois soutient qu'il n'y a, dans toutes ces coutumes, aucune différence entre la Légitime et la réserve. « La Légitime de droit (ce sont ses termes) n'a été admise que pour empêcher que les pères, par aucunes dispositions gratuites, ne privassent leurs enfans d'une portion de leurs biens : quand ces enfans trouvent nécessairement une portion des biens de leur père, sous telle dénomination que ce puisse être, il est vrai de dire que la loi leur a pourvu; la quotité qu'elle destine nécessairement aux enfans, est présumée

Source : BIU Cujas

une portion raisonnable et telle que le père peut la devoir à ses enfans ».

Mais, qu'il nous soit permis de le dire, il faut faire bien peu d'attention à la nature de la Légitime, pour raisonner ainsi. Que les réserves coutumières portent sur l'universalité des biens, ou qu'elles n'en affectent qu'une partie, n'est-il pas toujours vrai de dire que leur unique objet est l'interêt des familles ? cela n'est-il pas même plus évident dans le premier cas que dans le second ? comment donc les confondre avec une portion que la loi n'a introduite que pour fournir aux alimens de ceux à qui elle la défère ?

D'ailleurs, la qualité de légitimaire exclut nécessairement celle d'héritier ; les réserves au contraire la supposent. Or, dans l'ordre naturel des choses, il est certain qu'on doit donner plus à celui qui accepte la succession, qu'à celui qui y renonce. C'est une de ces vérités que le bon sens démontre, et qu'on obscurcirait en voulant les développer. Cependant Boullenois, en assimilant la Légitime à la portion héréditaire, égale la condition de l'un à celle de l'autre : en faut-il davantage pour faire rejeter son système ? Aussi est-il forcé de convenir « que la jurisprudence actuelle y est contraire, et qu'il a été jugé ou réglé dans les maisons de Condé et de Conti, que le fils légitimaire, dans des coutumes d'inégalité, était obligé d'imputer dans ces coutumes la portion héréditaire qu'il prenait dans les coutumes d'égalité ».

Ajoutons que la même chose a été jugée par plusieurs autres arrêts : celui du 6 septembre 1674, déjà cité pour les coutumes d'Anjou et de Poitou, a été aussi rendu pour celles de Touraine et de la Rochelle. Il y en a encore deux intervenus dans cette dernière, les 21 janvier 1713 et 6 mars 1716. Nous les rapporterons ci-après, sect. 6.

Cette décision est même consignée formellement dans la coutume de Berry, tit. 7, art. 10 ; et s'il y en a une où il semble qu'on doive juger tout le contraire, c'est certainement celle de Cassel, puisqu'elle donne à la réserve la dénomination de *Légitime:* cependant, il a été décidé, par un arrêt du parlement de Flandre, du 3 août 1762, que la Légitime ne peut avoir d'autre règle dans cette coutume, que les principes du droit commun.

Dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, il s'agissait de fixer la Légitime dont le sieur de Monmonnier demandait la détraction sur la substitution universelle dont son père et sa mère l'avaient grevé par leur testament conjonctif du 15 août 1730. Les échevins de Lille, devant qui la cause fut portée en première instance, ordonnèrent par sentence du 24 novembre 1755, que la Légitime, dans la coutume de Cassel, demeurerait fixée aux deux tiers de tous les biens ; mais sur l'appel qui en fut interjeté au parlement de Flandre par le fils du sieur de Monmonnier, intéresse à conserver la substitution ; elle fut réformée, et le tiers seulement adjugé au légitimaire, conformément au droit romain. — Il est vrai que cet arrêt a été cassé au conseil, comme on le verra ci-après, sect. 8, §. 2 ; et que sur le renvoi de la cause au grand conseil, il en a été rendu un autre du 8 août 1764, qui a confirmé la sentence des échevins de Lille. — Mais, 1° on ne peut pas raisonnablement présumer que la cassation ait été motivée par cette disposition de l'arrêt : on verra dans la suite de cet article, qu'il renfermait, sur un autre point, une contravention manifeste à l'art. 34 de l'ordonnance de 1731 ; et il y a tout lieu de croire que c'est le seul moyen qui ait fait impression sur le conseil : on pourrait même l'assurer sans témérité, puisqu'aux termes de la réponse faite par le roi aux remontrances de la province de Lille, le 30 mars 1719, les arrêts du parlement de Flandre ne peuvent pas être cassés pour contravention prétendue aux coutumes de son ressort. *V. Douai.* — 2° Si le sieur de Monmonnier fils avait seulement soutenu le bien jugé de l'arrêt du parlement de Flandre, relativement à la quotité de la Légitime de son père, rien ne lui aurait été plus aise que d'en faire confirmer la décision. — En effet, peu importe que la coutume de Cassel qualifie de *Légitime* les deux tiers qu'elle affecte à toutes sortes d'héritiers. Ce n'est point toujours par les mots qu'il faut juger des choses ; on est souvent obligé d'abandonner la lettre d'une loi pour en saisir l'esprit ; la manière la plus naturelle d'interpréter les coutumes, est de les comparer à celles qui, par le voisinage des pays qu'elles gouvernent, et par la ressemblance des mœurs qui en est la suite, peuvent seules découvrir la véritable intention des rédacteurs. Or, on a vu plus haut que les coutumes de Gand, de Bergues, de Courtrai, et plusieurs autres de la même province, donnent aux deux tiers en question le titre de *Légitime* : c'est donc par ces lois qu'il faut déterminer le sens de ce mot ainsi employé ; et puisque loin de le confondre avec la Légitime de droit, elles l'en distinguent au contraire très nettement, il y aurait de l'absurdité à vouloir que la coutume de Cassel y eût attribué une signification différente, en l'appliquant au même objet. — On peut donc assurer que l'arrêt du 3 août 1762 avait très bien jugé, en rejetant, par rapport à cette coutume, l'opinion de ceux qui veulent prendre les reserves pour règle de la Légitime de droit.

Mais en voici un autre qui a adopté formellement cette même opinion. — La duchesse de Châtillon a laissé pour ses héritiers présomptifs trois petits-enfans, le marquis de Tessé, le chevalier de Tessé, et la dame de Chavagnac. Elle a fait un testament par lequel elle a institué pour légataire universel le chevalier de Tessé, qui a renoncé à la succession de son aïeule, et a obtenu délivrance de son legs. Les biens étaient situés à Paris, à Chartres et en Normandie. Le marquis et le chevalier de Tessé avaient, dans les deux premières coutumes, l'option de leur Légitime ou des reserves ;

Source : BIU Cujas

ils optèrent leur Légitime, et elle leur fut accordée. Mais à l'égard des biens de Normandie, dont la dame de Chavagnac était exclue, comme mariée, il s'éleva entre le marquis et le chevalier de Tesse, un procès sur la question de savoir si le marquis les aurait en entier ou à titre de réserves coutumières, tenant lieu de la Légitime de droit, ou si, n'y prenant, en qualité de légitimaire, qu'une Légitime de droit, il serait obligé d'imputer dans les autres coutumes l'excédant des réserves sur cette portion. La contestation portée au châtelet, il intervint une sentence qui adopta ce dernier parti. Sur l'appel, la marquise de Tessé, reprenant l'instance au nom de ses enfans mineurs, soutenait que les biens de Normandie devaient leur appartenir en totalité et sans imputation sur la Légitime due par les coutumes de Paris et de Chartres: elle convenait que l'imputation aurait été indispensable, si la coutume de Normandie avait admis une Légitime moindre que les réserves; mais elle soutenait que ces deux droits étaient parfaitement identiques dans cette province, et c'était la seule question à juger. Par arrêt du 3 septembre 1744, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury, la sentence a été infirmée, et il a été ordonné que tous les immeubles situés en Normandie, appartiendraient à la marquise de Tesse, sans imputation relativement aux autres coutumes.

Boullenois applaudit à cette décision; mais, à en juger par les détails qu'il nous donne des moyens respectifs des parties, il y a tout lieu de croire qu'elle ne doit être attribuée qu'à la faiblesse de la défense du chevalier de Tessé. En effet, n'est-ce pas une erreur démentie par les lois normandes elles mêmes, de prétendre qu'elles n'admettent pas de Légitime proprement dite et distinguée des réserves? Nous l'avons déjà dit, ce qui caractérise principalement cette portion, c'est, 1° qu'elle est destinée pour les alimens du légitimaire; 2° qu'elle ne peut être prise sans abdication préalable du titre d'héritier. Or, ces deux choses se rencontrent dans le tiers que l'art. 399 de la coutume de Normandie adjuge aux enfans; il faut donc le regarder comme une vraie Légitime; et c'est sous ce point de vue que l'ont envisagé tous les commentateurs. Voici entre autres comment s'exprime Basnage sur l'article cité: « Le nombre des pères mauvais ménagers étant fort grand, la demande du tiers coutumier est aussi le sujet le plus ordinaire des procès; et quoique la coutume ait défini fort exactement que la *Légitime*, des enfans consiste au tiers des biens que le père possédait au temps des épousailles, etc. » — Un peu plus bas le même auteur dit: « Il faut remarquer qu'en Normandie, ce que nous appelons *Légitime* est le tiers coutumier, parceque nous n'avons point d'autre Légitime ». — Basnage ne confondait donc pas la réserve avec la Légitime proprement dite, et certainement Basnage connaissait bien l'esprit de sa coutume.

Nous avons rapporté ci-devant, sect. 1, n. 4, un arrêt du 22 juillet 1698, qui vient à l'appui de ces réflexions: il ordonne que des biens *situés dans les coutumes d'Amiens, Boulonnais et* NORMANDIE, *il en sera donné audit Danvillers sa* PORTION LÉGITIMAIRE, *suivant lesdites coutumes.*

SECTION III. *Quelles sont les personnes qui ont droit de Légitime?*

Pour comprendre dans cette question toutes les personnes à qui le droit romain et notre jurisprudence accordent le droit de demander une Légitime, nous la traiterons relativement aux enfans, aux ascendans, aux collatéraux, aux patrons, et enfin aux créanciers des différens légitimaires.

Mais, avant d'entrer en matière, il faut examiner le rapport qu'il y a entre la successibilité et le droit de Légitime. Cette discussion sera d'un grand secours pour tout cet article, et elle ne peut être mieux placée qu'ici.

Grivel, décis. 88, s'explique là-dessus de la manière la plus précise: on peut bien, dit-il, argumenter négativement de la successibilité à la Légitime, mais jamais affirmativement. C'est raisonner conséquemment, que de dire: un tel ne peut point succéder *ab intestat;* donc il ne lui est point dû de Légitime. Mais ce serait raisonner très mal, que de le faire ainsi: un tel est appelé à la succession *ab intestat*, donc il faut lui laisser une Légitime. *Argumentum de successione ad Legitimam procedit quidem negativè, ut si dicamus: non est successibilis ab intestato, ergo non debetur ei Legitima. Sed non rectè procedit affirmativè. Non enim sequitur, est successurus ab intestato, ergo ex testamento relinquenda est ei Legitima, ne per querelam testamentum rumpat. Certissimi quippè juris est, nemini eorum qui ab intestato sunt successibiles, Legitimam deberi, aut querelam inofficiosi concedi, præterquàm descendentibus, ascendentibus, et fratri, turpi personâ institutâ.*

Le second membre de cette proposition n'a aucun contradicteur: tout le monde reconnaît qu'il ne suffit pas d'être capable de succéder, pour avoir le droit de Légitime; mais le premier n'est pas sans difficulté: quelques uns prétendent que l'exclusion générale de la succession *ab intestat*, ne doit point porter sur la Légitime; et que tel peut être incapable de succéder, sans en avoir moins de droit à la portion légitimaire.

Mais cette opinion n'est fondée que sur une méprise, sur la confusion des principes particuliers à quelques espèces, avec les principes généraux de la matière.

Il est, à la vérité, certains cas où l'on peut être légitimaire, quoiqu'on ne puisse pas succéder; mais c'est parcequ'alors le défaut de successibilité vient plutôt du fait de l'homme que de la loi; ou que la loi, en l'établissant, a réservé expressément le droit de Légitime. — Ainsi, rien d'étonnant si, dans quelques unes de nos coutumes, la renon-

Source : BIU Cujas

ciation contractuelle, ou l'exclusion coutumière des filles dotées et apanées, n'emporte pas la privation de la portion légitimaire; l'incapacité de succéder qui en résulte, est moins prononcée qu'autorisée par la loi; c'est dans une convention expresse ou présumée qu'il en faut chercher la cause, et il paraît assez naturel de donner aux contrats une interprétation qui conserve à un enfant la part que la nature, la loi et la coutume lui assurent dans les biens de son père et de sa mère. —Il est encore moins surprenant que le droit romain, en excluant les enfans d'un condamné à mort de sa succession *ab intestat* et même testamentaire, leur accorde cependant la Légitime: cette réserve est une des conditions que la loi attache à l'exclusion qu'elle prononce; et l'on sent qu'on ne pourrait pas diviser sa disposition sans la détruire.

Mais dans la thèse générale, c'est une vérité constante, que l'incapacité de succéder emporte celle de demander une Légitime. En vain objecterait-on qu'il ne faut point prendre la qualité d'héritier pour exercer celle de légitimaire, et que la Légitime n'est pas une quote de l'hérédité, mais une portion des biens. Tout ce qui résulte de là, c'est que quand la Légitime est échue, c'est-à-dire, à la mort du défunt qui la doit, elle se détache de l'hérédité; en sorte qu'elle lui devient totalement étrangère, et qu'il s'élève entre l'une et l'autre un mur de séparation qui en rend la coexistence impossible sur la même tête. Mais il ne faut pas croire pour cela que si un enfant avait encouru l'incapacité de succéder avant que la Légitime fût échue, il serait encore en droit de la demander à son échéance; non, encore une fois, la Légitime n'est qu'une portion de ce que l'on aurait eu *ab intestat*, une dette à prendre sur la succession, un droit à exercer sur des biens auxquels on est appelé par la loi: or, quand on n'a rien *ab intestat*, on ne peut point demander de portion; car la partie supppose un tout: quand il n'y a point de succession, on ne peut pas en tirer le paiement d'une dette; quand la loi refuse sa vocation, on ne peut pas dire qu'on ait droit aux biens; et, par une conséquence nécessaire, il n'y a point de Légitime pour celui qui est incapable de succéder.

D'après cela, rien de plus aisé que de déterminer quelles sont, dans l'ordre des personnes à qui il est généralement dû une Légitime, celles qui doivent profiter de ce bénéfice de la loi, et celles qui doivent en être privées.

§. I. *Examen de la question par rapport aux enfans.*

I. Les enfans tiennent sans contredit le premier rang dans l'ordre des légitimaires. Nous avons établi dans la première section, qu'ils ont par-tout le droit de Légitime, même dans les coutumes qui ne le leur déférent pas expressément.

On entend à cet égrrd par *enfans*, non seulement les posthumes, mais encore les petits-enfans. Ainsi, les premiers ont droit de Légitime sur les biens de leur père, quoiqu'il soit décédé avant leur naissance (1); et les seconds sur ceux de leur aïeul, lorsque leur père est mort avant lui (2).

II. Il y a cependant certaines coutumes où les petits-enfans n'ont point de Légitime à prétendre lorsqu'ils concourent avec des enfans du premier degré: ce sont celles qui excluent la représentation en ligne directe, comme Boulonnais, art. 75; Ponthieu, art. 8; gouvernance de Douai, ch. 2, art. 15, etc. — La Légitime dépend, comme on vient de le voir, de la successibilité; or, dans ces coutumes, les petits-enfans ne succèdent point *ab intestat*, quand ils ont des oncles ou des tantes vivans: ils ne peuvent donc pas non plus exercer le droit dont il s'agit. *V. Institution contractuelle*, §. 6, n. 8.

III. C'est par le même principe que doivent se décider les questions de savoir s'il est dû une Légitime aux enfans naturels, aux enfans absens lors du décès de leur père, aux enfans des serfs ou main-mortables, [[et aux enfans nés de *mariages de la main gauche*, dans les pays où ces mariages sont autorisés.]]

Dans la thèse générale, les enfans naturels ne succèdent point *ab intestat*; ainsi, ils n'ont pas de Légitime à prétendre.

Mais cette règle n'admet-elle pas une exception dans le cas du chap. 12 de la novelle 89? Non. Cette loi donne, à la vérité, aux bâtards deux onces de la succession de leur père, lorsque celui-ci décède *intestat*, et ne laisse ni femme, ni enfans Légitimes; mais on ne peut pas conclure de là qu'ils aient, dans cette circonstance, le droit de prendre une portion légitimaire sur les deux onces, malgré les dispositions que leur père aurait faites pour les priver; et cela est incontestable, non seulement dans nos mœurs, qui refusent toute successibilité aux bâtards, mais encore dans le droit romain: car si, dans ce droit, ils sont appelés à la succession *ab intestat* sous les conditions dont on vient de parler, c'est par une exception aux vrais principes: aussi la glose sur la loi 1, C. *de naturalibus liberis*, remarque-t-elle que, quoiqu'en certains cas, les enfans naturels soient capables de succéder *ab intestat* et par testament, néanmoins ils ne peuvent jamais impugner les dispositions de leur père, ni par conséquent exiger de Légitime. C'est ce qui a été jugé formellement, suivant Grivel, « par arrêt (du parlement

(1) Posthumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum quibus suus hæres vel legitimus potuisset fieri, si ex utero fuerit mortis eorum tempore ...; simili modo et eum qui post testamentum matris factum, exsecto ventre, extractus est, posse queri dico. *Loi* 6, *pr. et* §. 1, D. *de inofficioso testamento.*

(2) Neptem defuncti actione de inofficioso testamento, quamvis pater ejus emancipatus fuerit defunctus, experiri posse ignorare non debes. *Loi* 7, C. *eod. tit.*

Source : BIU Cujas

de Dole) résolu le 18 décembre 1602 en la cause de Claude Huot, suppliante, contre Antoine Huot, défendeur; par lequel arrêt ladite suppliante, fille naturelle du sieur Huot, fut déclarée non recevable à l'once qu'elle demandait, lui adjugeant néanmoins, par forme d'alimens, certaine somme par an sur les biens de l'hoirie sa vie durant. Le même fut encore jugé le 3 décembre 1606 en la cause d'Adrienne-Jacques de Quenoche, appelée, contre Françoise et Anne Clamay de Vesoul, appelantes ».

Il n'en est pas tout-à-fait de même à l'égard de la mère : les lois romaines donnent à ses enfans naturels le droit de lui succéder, comme s'ils étaient nés d'un mariage valable; elles leur accordent même expressément la querelle d'inofficiosité, en cas d'exhérédation injuste ou de prétérition (1); querelle qui n'appartient jamais qu'à ceux qui ont droit de Légitime. Si cependant la mère était une femme de qualité, et qu'elle eût d'autres enfans d'une union licite, ses bâtards ne pourraient lui succéder ni par testament ni *ab intestat*, et conséquemment il ne leur serait point dû de Légitime. Cette exception a été établie par Justinien (2).

Le droit commun de la France est, à cet égard, bien différent des lois romaines : nous n'admettons pas plus les bâtards à succéder à leur mère qu'à leur père; et le seul droit que nous leur accordons dans l'hérédité de l'un ou de l'autre, est de demander de simples alimens.

Il y a cependant plusieurs de nos coutumes qui, se rapprochant du droit romain, les déclarent habiles à succéder à leur mère. Telles sont en Hainaut, Valenciennes, art. 15, et Lessines, tit. 9, art. 2; en Artois, Han, art. 6; dans la châtellenie de Lille, Waterlos, tit. *des successions*, art. 28; dans la Flandre flamande, Gand, rubr. 26, art. 11; Bourbourg, rubr. 10, art. 13; Bergues, rubr. 19, art. 28; Hondtschote, rub. 16, art. 5; Cassel, art. 308; Bailleul, rubr. 8, art. 26, etc.

De là vient naturellement la question de savoir si, dans ces coutumes, les bâtards ont le droit de demander une Légitime, quand la succession *ab intestat* est épuisée par les dispositions de leur mère. « L'affirmative pourrait faire difficulté (dit Lebrun), conformément à ce qui a été dit ci-dessus pour le droit écrit, que quoique la novelle 89, chap. 12, §. 4, appelle les bâtards pour deux onces à la succession de leur père qui n'a laissé ni femme ni enfans Légitimes, néanmoins ils n'avaient point de Légitime, parcequ'ils n'étaient pas appelés à la succession par le droit commun, mais par un droit exorbitant et dans un cas particulier : car on peut dire de même que le droit commun du royaume les exclut de toute succession; et la coutume de Valenciennes (ainsi que les autres citées), étant exorbitante en ce point, il semble qu'il y a lieu de soutenir que les enfans naturels n'y ont point de Légitime, d'autant plus que le droit de Légitime ne s'accorde pas si aisément dans nos coutumes que dans le droit, les ascendans en étant exclus. D'ailleurs, plusieurs sont appelés à la succession, qui ne sont pas pour cela appelés à la Légitime, qui est chez nous un droit plus borné, quant aux personnes ». — Cette dernière réflexion est très juste. Nous avons établi, d'après Grivel, qu'on ne peut jamais argumenter *affirmativement* de la successibilité à la Légitime. Ainsi, quoique les bâtards, dans les coutumes dont il s'agit, soient habiles à recueillir l'hérédité de leur mère, il ne s'ensuit pas qu'ils soient fondés à attaquer ses dispositions, et à demander une Légitime dont elle a voulu les priver. — « Il faut dire cependant (c'est encore Lebrun qui parle), que les enfans naturels ont droit de Légitime dans ces coutumes sur les biens de leur mère, parcequ'elles sont bien différentes du droit civil, lequel n'appelle les enfans naturels (à la succession de leur père) qu'en un cas particulier, c'est-à-dire, au cas qu'il n'y ait ni femme, ni enfans Légitimes; et par cette limitation, il confirme la règle, qui est, *que les enfans naturels sont exclus de la succession; d'où il suit qu'ils le sont aussi de la Légitime;* au lieu que la coutume de Valenciennes dit expressément qu'*en succession maternelle n'y a nuls bâtards, tellement que les bâtards naturels tant seulement succèdent à leur mère, aussi bien qu'autres enfans procréés en léal mariage.* Ainsi cette coutume (et il faut dire la même chose des autres citées, à l'exception de celle de Han, qui restreint la successibilité des bâtards au cas où il n'y a point d'enfans Légitimes), cette coutume fait un droit commun de la succession des bâtards à l'égard des biens maternels, et elle n'attache pas ce droit de succéder à certaines conditions et à certaines espèces particulières, comme fait la novelle 89; d'où il suit, que les enfans naturels y doivent avoir une Légitime sur les biens de leur mère ».

[[*V. Bâtard*, sect. 2; et *Réserve.*]]

IV. Nous avons parlé à l'article *Légitimation*, du droit qu'ont les bâtards légitimés, soit en pays de droit écrit, soit en pays coutumier, d'exiger une portion légitimaire sur les successions de leur père et de leur mère.

V. La question de savoir si l'on peut demander une Légitime du chef d'un enfant expatrié, tient à des principes sur lesquels les auteurs ne sont pas d'accord.

Les uns prétendent que les ayant-cause d'un absent doivent profiter de toutes les successions qui lui échoient pendant cent ans, à compter du jour de sa naissance, parcequ'il est présumé vivre tout ce temps. C'est ce qu'enseigne Dunod, dans son

(1) De inofficioso testamento matris spurii quoque filii dicere possunt. *Loi* 29, §. 1, D. *de inofficioso testamento.*

(2) Sancimus itaque ut neque ex testamento, neque ab intestato, neque ex liberalitate inter vivos habitâ, justis liberis extantibus, aliquid penitùs ab illustribus matribus ad spurios perveniat. *Loi* 5, C. *ad senatus-consultum Orphitianum.*

Source : BIU Cujas

Traité des prescriptions; et c'est ce qu'ont jugé les arrêts de Tillemont en 1629, et de Lenglet en 1672.

Les autres prennent un tempérament : ils font passer aux absens les successions qui s'ouvrent dans les sept, dix, quinze, vingt ou quarante années de leur absence, suivant les termes que fixent les coutumes pour autoriser leurs héritiers apparens à se mettre provisoirement en possession de leurs biens. C'est l'avis de Lebrun, et il paraît avoir été adopté par deux arrêts rapportés par Louis sur l'art. 287 de la coutume du Maine.

Enfin, il y a une troisième opinion qui n'a presque plus aujourd'hui de contradicteurs : c'est que l'absent est toujours censé mort, lorsqu'il s'agit de lui faire recueillir une succession qui serait ouverte à son profit s'il paraissait. Méan nous a conservé plusieurs jugemens du conseil de Liège qui l'ont ainsi décidé; et il y en a aussi un arrêt rendu au parlement de Paris le 11 août 1719. Quand il s'agit d'acquérir, dit le rédacteur du Journal des audiences, en rapportant cet arrêt, « il faut se présenter et se montrer, soit par soi, soit par procureur, en vertu d'une procuration qui atteste l'existence; sinon, ceux qui sont présens recueillent, sauf, au cas que l'absent se représente, à lui accorder restitution, telle que de droit».

[[*V. Absent*, et *Déclaration d'absence.*]]

Ainsi, la présomption qui fait vivre un absent pendant un temps limité, quoiqu'assez forte pour conserver ses droits, est trop faible pour lui en faire acquérir de nouveaux. On ne peut mieux adapter qu'à cette hypothèse la distinction des docteurs entre le cas où il s'agit de perdre, et celui où il est question de gagner. Il est plus facile de conserver que d'acquérir : au premier cas, il suffit à ceux qui représentent l'absent, de se défendre en son nom; au second, il faut demander et les moyens doivent être plus forts. Une simple présomption met à couvert un défendeur contre lequel il n'y a point de preuve; mais un demandeur ne peut jamais réussir sans justifier le fondement à ses prétentions.

D'après cela, il faut dire sans difficulté qu'on ne peut point demander de Légitime du chef d'un enfant expatrié, à moins qu'on ne justifie que, lors du décès du père ou de la mère, il était encore vivant. Et c'est précisément ce qu'a jugé un arrêt du 23 juillet 1727, rapporté au quatrième volume du Journal du palais de Toulouse, page 447, et par Vedel sur Catellan, liv. 2, ch. 58.

VI. Est-il dû une Légitime aux enfans des serfs et main-mortables dans les cas où ils ne succèdent point, c'est-à-dire, suivant la plupart des coutumes qui admettent encore la servitude personnelle, lorsqu'ils ne sont point en communion avec leur père ou mère au moment de son décès? L'affirmative est soutenue par Papon sur l'art. 207 de la coutume de Bourbonnais, et par Chasseneuz sur celle de Bourgogne, tit. des *main-mortes*, §. 13, gl. 1. Ils se fondent sur ce qu'on n'est pas exclu de la Légitime par cela seul qu'on est incapable de succéder : mais nous avons déjà réfuté cette raison, et d'ailleurs elle pourrait également s'appliquer aux bâtards, aux absens, aux petits-enfans destitués du secours de la représentation; cependant on vient de voir qu'ils ne prennent point de Légitime, parce qu'ils sont exclus du droit de succéder : pourquoi donc ne dirait-on pas la même chose des serfs et des main-mortables? Aussi lisons-nous dans les observations de Boguet sur la coutume de Franche-Comté, que le parlement de cette province a souvent rejeté les demandes en distraction de Légitime, formées contre des seigneurs par des enfans hors de communion.

Ce tribunal a encore jugé la même chose dans une espèce plus douteuse. Il s'agissait de savoir si un père ayant laissé deux enfans, l'un en communion, l'autre hors de communion, celui-ci pouvait demander une Légitime à celui-là. On disait pour l'affirmative, que l'incapacité de l'enfant non communier n'avait été introduite qu'en faveur du seigneur; que par conséquent elle ne pouvait point opérer une exclusion de Légitime dans un cas où le seigneur n'avait rien à prétendre à la succession. Mais ce raisonnement prouvait trop, puisqu'il en serait résulté que les deux enfans auraient eu un droit égal à l'hérédité; ce qui ne pouvait pas s'accorder avec les dispositions de la coutume, qui exclut absolument l'enfant hors de communion. Aussi a-t-il été jugé qu'il n'était point dû de Légitime, même par le frère communier; et cela, dit Grivel, « par arrêt du 29 décembre 1604, en une cause d'appel des Perrey, provenant du siège de Baulme; et fut trouvé que jà autrefois l'on avait ainsi jugé en cas pareil. Et ainsi encore fut jugé le 5 de janvier 1605, en la cause de Jacques et Françoise Bardel, appelés et originels supplians en supplément de Légitime, contre Léonard Bardel de Cendrey, appelant et originel défendeur ».

[[On sait que la main-morte a été abolie par les lois du 4 août 1789. Ainsi, à compter de cette époque, les enfans des ci-devant main-mortables ont eu le même droit à la Légitime, que si leurs père et mère étaient nés libres]].

[[VII. Quant aux enfans issus de *mariages de la main gauche* ou *à la morganatique*, dans les pays où ces mariages sont autorisés, leurs droits successifs sont toujours déterminés par les conventions qui ont précédé l'union à laquelle ils doivent le jour; et jamais ils ne peuvent s'étendre au-delà. Si donc ces droits ne s'élèvent pas jusqu'à la Légitime, il ne peut être rien exigé pour la compléter. *Exclusus enim à successione, exclusus quoque censetur à Legitimâ*, dit Myler, *gamologia personarum imperii illustrium*, ch. 6, n. 31. *V. Mariage de la main gauche.*]]

VIII. L'incapacité des religieux profès de recueillir aucune succession, emporte nécessairement l'incapacité de prendre une Légitime sur les biens de leurs pères, mères ou autres parens. —

Source : BIU Cujas

Cette vérité n'a jamais souffert la moindre contestation ; mais on a demandé si l'on devait y comprendre les chevaliers de Malte ? — Un arrêt du sénat de Chambéry, du mois d'avril 1593, a jugé pour l'affirmative. Le président Favre, qui le rapporte, remarque que ces religieux sont traités plus favorablement en France, où, dit-il en citant Papon, ils succèdent avec leurs frères et leurs sœurs dans l'usufruit de leurs portions héréditaires. — Tel était en effet l'ancien usage du royaume ; mais depuis l'arrêt prononcé en robes rouges au mois de décembre 1573, et qui a été suivi d'un autre du 11 janvier 1629, rapporté au Journal des audiences, les chevaliers de Malte sont restreints parmi nous au droit de demander des pensions modiques, qu'on leur paye tant qu'ils n'ont pas de commanderies. Nous devons donc adopter sans difficulté la décision du sénat de Chambéry.

Il y a cependant un cas où l'on ne peut refuser aux chevaliers de Malte une espèce de Légitime ; c'est lorsqu'ils sont faits prisonniers par les Turcs. Comme ils ne sont jamais rachetés par leur ordre, il est juste d'obliger leurs frères et leurs sœurs à sacrifier pour leur rançon la part dont ils n'auraient pu être privés, s'ils n'avaient pas quitté la vie séculière : c'est un engagement que leur famille est censée contracter au temps de leur profession. Voici ce qu'en dit Brodeau sur Loüet, lettre C, n. 8 : « Au cas de captivité, les chevaliers de Malte n'étant jamais rachetés aux dépens de l'ordre, ont, en faveur de la liberté, le droit de Légitime sur les biens des successions de leurs père et mère, quand bien ils auraient fait les vœux avant leur décès ; comme il a été jugé par l'arrêt du chevalier de Vinceguerre ». C'est ce qu'a aussi décidé un arrêt du parlement de Provence du 30 mai 1661, rapporté par Boniface, tom. 1, liv. 2, tit. 31, ch. 17. — *V. Héritier*, sect. 6, §. 2, n. 3 ; et *Malte*, §. 3, n. 1.

On a vu à l'article *Héritier*, sect. 6, §. 2, n. 2, que les religieux de la Franche-Comté succèdent, dans cette province, à la propriété des meubles et à l'usufruit des immeubles. Ainsi, la raison qui empêche généralement un enfant lié au cloître, de prendre une Légitime dans la succession de son père, n'a point lieu dans ce pays ; et nous trouvons dans les notes de Boguet sur l'art. 17 du tit. 1 de sa coutume, un arrêt du parlement de Dole, du 25 février 1573, qui l'a ainsi jugé : *Secundùm quod accepi Legitimam in bonis feudalibus feminæ religionem professæ à senatu adjudicatam, die* 25 *februarii anni* 1573.

[[Mais, *V. Héritier*, sect. 6, §. 2, n. 5.]]

IX. Nous ne nous attacherons pas à prouver que les enfans étrangers ou morts civilement par une condamnation judiciaire, ne peuvent pas demander de Légitime. Ces vérités n'ont pas besoin de preuves (1) ; et il suffit de dire qu'en général tout enfant qui ne peut pas être héritier par quelque défaut personnel ou extrinsèque, ne peut pas non plus être légitimaire.

Nous retracerons dans la section 5, les causes pour lesquelles un enfant capable de succéder, peut néanmoins être privé de sa Légitime.

§. II. *Des ascendans considérés par rapport au droit de demander une Légitime.*

I. Lorsqu'un défunt n'a point laissé de descendans capables de lui succéder, ce sont régulièrement son père, sa mère, son aïeul, ou ses autres ascendans qui recueillent sa succession ; et comme ils avaient naturellement pendant sa vie le droit de lui demander des alimens, les lois romaines leur accordent aussi une Légitime sur ses biens. *Pater filium emancipavit, et nepotem ex eo retinuit. Emancipatus, suscepto posteà filio, duobus exheredatis, patre præterito, vitâ decessit. In quæstione de inofficiosi testamenti, præcedenti causâ filiorum, patris intentio adhuc pendet. Quòd si contra filios judicetur, pater ad querelam vocatur et suam intentionem implere potest. Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum, et naturalem erga filios charitatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minùs parentibus quàm liberis piè relinqui debet.* (Lois 14 et 15, D. *de inofficioso testamento.*)

II. Cette Légitime est pareillement reconnue par trois de nos coutumes ; savoir, Bordeaux, Acqs et Bueil. — La première porte, art. 57 : « Si celui qui décède a père ou mère, ou autres ascendans, iceux père ou mère, ou autres ascendans succèderont au tiers (les trois faisant le tout) desdits biens venus par succession pour leur Légitime »..... L'art. 64 ajoute : « Le père et la mère et autres ascendans auront même Légitime, et telle quotité pour icelle,

(1) Lorsque nous nous exprimions ainsi dans la première édition du Répertoire, nous ne connoissions pas un arrêt du parlement de Paris du 6 septembre 1611, qui prouve que la première de ces *vérités* a été quelquefois révoquée en doute.

Jean-Louis et Gabriel de Saluces, nés en Piémont, ayant été déboutés par arrêt du 21 juillet 1611, de leurs prétentions à l'hérédité d'Auguste de Saluces, leur père naturalisé en France, présentèrent le surlendemain une requête en distraction de Légitime. — Cette demande, leur répondit-on, est peu réfléchie de votre part. La Légitime en soi n'est qu'une portion que la loi réserve à l'héritier du sang ; et pour la prétendre, il faut avoir la capacité civile de succéder. Or, aubains par votre naissance, exclus de la succession par la loi générale du royaume, par le testament d'Auguste, qui n'est que l'exercice du droit que lui donnaient ses lettres de naturalité, vous n'avez pas la capacité de succéder en France ; vous ne pouvez donc pas prétendre de Légitime. — Cette réponse était trop péremptoire pour ne pas enlever tous les suffrages. Aussi, par l'arrêt cité, « la cour, sans avoir égard à la demande de Jean-Louis et Gabriel de Saluces, pour leur Légitime, ordonne que l'arrêt du 21 juillet sera exécuté ». — Le même arrêt leur adjuge cependant une pension alimentaire. (*Extrait des mémoires publiés par MM. de Saluces, contre MM. du Luz, sur la question d'état jugée en faveur des premiers, par arrêt du parlement de Paris du* 22 *août* 1775.)

Source : BIU Cujas

quand le fils fera testament (ès cas où il le pourra faire), comme si le fils mourait sans en faire; et s'il lui en laissait moins, pourra demander le supplément d'icelle ». — La coutume d'Acqs, tit. 2, art. 25, dit que « ou l'ascendant mâle, ou autre que le père, exclut la mère, s'entend réservé la Légitime, laquelle est due à la mère ès biens acquis par son fils, ou en héritage ou en argent, au choix, du succédant ». — L'art. 1 du ch. 6 de la coutume de Bueil n'est pas moins formel: « Ayant la loi de nature ordonné la Légitime aux enfans naturels et légitimes, *et aux ascendans d'iceux*, lorsqu'il advient que respectivement l'un succède à l'autre, nous, à l'affectueuse instance, requête et prière de nos sujets, *avons ordonné que ledit droit de Légitime et supplément d'icelle soit dû et adjugé auxdits* descendans et *ascendans* ».

III. Cette jurisprudence est reçue dans tous les pays de droit écrit.

Elle y est même tellement enracinée, que quoique la coutume de Toulouse exclue la mère de la succession *ab intestat* de son fils, on ne laisse pas de lui adjuger une Légitime sur les biens de celui-ci. — C'est du moins ce qu'ont fait plusieurs arrêts du parlement de Toulouse. La Rocheflavin en rapporte cinq des 14 août 1564, 18 avril 1565, 21 août 1574, 14 mars 1575, 15 septembre 1584; et il y en a un sixième du mois de janvier 1655, rapporté par Catellan: les termes de ce dernier auteur sont précieux; nous allons les transcrire, parcequ'ils répondent à l'argument qu'on pourrait tirer de ces arrêts, pour prétendre que l'incapacité de succéder n'exclut pas de la Légitime: — « La mère, quelque favorable qu'elle paraisse dans la succession de son fils mort *ab intestat*, en est néanmoins exclue par la coutume de Toulouse, et les biens appartiennent au plus proche parent (du côté du père). Notre parlement a restreint, autant qu'il a cru le pouvoir, la rigueur de ce statut..... Nos arrêts ont toujours (1) accordé une Légitime à la mère, même sur les biens auxquels, suivant cette coutume, elle ne peut pas succéder *ab intestat*, quoique la Légitime étant une portion de ce qu'on aurait *ab intestat*, ceux qui ne prennent point de part en cette succession, semblent devoir être exclus de la Légitime. On a cru qu'il était juste de modérer, autant qu'il se peut, et nonobstant les incongruités qu'il paraît y avoir, un droit aussi rigoureux, et, sans s'arrêter trop scrupuleusement en cette occasion aux termes du statut, conserver du moins une Légitime à cette mère, assez affligée par la perte de son fils et de sa succession..... C'est ainsi que cette question fut décidée entre Anzemare, mère, et Rangouse, oncle du défunt, par arrêt du mois de janvier 1655, en la première chambre des enquêtes, au rapport de M. de La Font, conforme à d'autres rapportés par M. La Rocheflavin..... » (1).

IV. Il ne faut sans doute rien moins que l'autorité d'un parlement pour soutenir une pareille jurisprudence: cependant, quelque irrégulière qu'elle soit, elle pourrait paraître assez plausible dans le cas où les enfans, au lieu de mourir *intestats*, ou de disposer en faveur des héritiers que la loi leur donne, auraient appelé des étrangers à leur succession.

C'est ce qu'a jugé formellement un arrêt du conseil souverain de Brabant du mois d'octobre 1653, qui est inséré dans le Recueil de Stockmans, §. 22: voici comme s'explique ce magistrat; nous ne faisons que traduire ses paroles. — Les coutumes de Bruxelles, de Louvain et de quelques autres villes, ont mis en principe, que les pères et les mères ne succèderaient pas leurs enfans tant qu'il resterait à ceux-ci des frères et des sœurs. Ces dispositions n'ont certainement point eu d'autre objet que de régler l'ordre de succéder *ab intestat*, et elles n'ont été introduites qu'en faveur des frères et des sœurs du défunt..... Il s'est élevé à ce sujet une question intéressante. Une fille qui avait des biens dans le territoire de Louvain et dans celui de Bruxelles, avait fait un testament par lequel sa sœur était passée sous silence, sa mère gratifiée d'un legs très modique, et un étranger appelé à l'hérédité. La mère se pourvut en justice pour demander un supplément de Légitime. L'héritier institué lui opposait que la défunte avait laissé une sœur; qu'ainsi, aux termes des coutumes de la situation des biens, la mère ne pouvait pas lui succéder *ab intestat*, ni par conséquent faire réduire ses dispositions testamentaires pour prendre une Légitime.....; mais, nonobstant ces raisons, nous avons adjugé à la demanderesse le supplément qu'elle reclamait. A la vérité, les coutumes qui excluent la mère de la succession de ses enfans, lorsque ceux-ci laissent des frères et des sœurs, l'excluent aussi de la Légitime, quand les enfans meurent *intestats*, et que les frères et les sœurs se portent héritiers, parceque c'est pour procurer à ces derniers une préférence réelle et absolue qu'a été introduite l'exclusion dont il s'agit. Il faut dire la même chose, si le défunt a testé sans déroger à l'ordre légal de succéder. Mais il en est tout autrement lorsqu'il a passé ses frères et ses sœurs sous silence, et disposé au profit d'un étranger; car, comme le dit fort bien Décius en son conseil 295, un tel statut contient deux chefs: par le premier, il exclut la mère; par le second, il admet les frères et les

(1) Le mot *toujours* est ici mal employé. Benedicti, sur le chapitre *Raynutius*, nous assure que de son temps on jugeait le contraire; et il en rapporte un arrêt du 26 avril 1405. Maynard dit en avoir vu un semblable de l'an 1548.

(1) [[Ce que cet arrêt a jugé pour la coutume de Toulouse, a depuis été érigé en loi dans la ci-devant Savoie, dans le ci-devant Piémont et dans le ci-devant comté de Nice: « La mère et les autres ascendans maternels (portent les constitutions sardes, liv. 5, tit. 7, art. 5), ne succèdent pas ab intestat à leurs enfans ou descendans, lorsqu'il y aura des frères du défunt, même consanguins, ou des ascendans d'iceux par ligne masculine; *réservons cependant dans tous les cas le droit de Légitime.*]]

Source : BIU Cujas

sœurs : ces deux chefs sont corrélatifs, et l'un ne peut pas être exécuté sans l'autre. Ainsi, quand les frères et les sœurs sont privés de la succession, la mère doit y être admise, parcequ'elle n'était exclue qu'en leur faveur, et que le motif de l'exclusion venant à cesser, il faut recourir au droit commun, dont les dispositions ne peuvent avoir reçu d'atteinte par la coutume, si ce n'est pour le cas précis dont elle parle, toute dérogation aux règles générales étant de droit étroit....

Quelque opinion que l'on se forme de l'arrêt que ces raisons ont motivé, on peut au moins en inférer avec certitude, que le Brabant a admis en général la Légitime des ascendans; et comme les peuples de ce pays n'en ont ainsi usé que parcequ'ils sont sujets au droit écrit dans le silence de leurs statuts municipaux, il est évident que la même jurisprudence doit avoir lieu dans toutes les coutumes qui renvoient pareillement aux lois romaines la décision des cas qu'elles n'ont point prévus.

V. C'est par cette raison que la Légitime des ascendans est communément reçue dans les Pays-Bas. Ecoutons Deghewiet dans ses *institutions au droit Belgique*: « Quelques uns ont douté si, selon nos mœurs, la Légitime est due aux ascendans comme aux descendans. L'opinion commune est pour l'affirmative, à laquelle est conforme la coutume d'Audenarde, rubr. 8, art. 1, et ce qui est rapporté par M. du Fief en ses *Remarques de pratique*, *remarque* 16, où il dit qu'il en a été ainsi jugé par les maïeur et échevins de Tournai dans un cas où le fils avait absolument prétérit son père ».

Cette sentence ne paraît pas avoir été connue de Lebrun; cependant il en adopte expressément le résultat; voici comment il s'explique : « La coutume de Tournai, au titre *des successions*, art. 7, donne au père toute la succession du fils, à l'exclusion de tous les collatéraux; et comme cette coutume approche extrêmement du droit romain, en ce qu'elle permet de disposer de tout son bien par testament, et que d'ailleurs elle constitue le père héritier universel, toutes les raisons de différence et tous les inconvéniens (qui font rejeter la Légitime dans la plus grande partie de la France coutumière), n'auraient point lieu; ainsi, il semble qu'il serait assez juste de donner une Légitime au père dans cette coutume ».

Il faut, comme le décide encore cet auteur, dire la même chose par rapport à la coutume de Bourbonnais : elle veut, art. 314, *que les ascendans succèdent à leurs enfans ès biens meubles et aux conquêts faits par leursdits enfans décédés, avec leurs autres frères ou sœurs germains, ou leurs enfans par égale portion.* « Ainsi, dit Lebrun, cette coutume se conforme au droit écrit; et c'est sur ce fondement et parcequ'il y a bien d'autres rapports de cette coutume au droit, dont il y a même quelques vestiges dans le procès-verbal, que plusieurs estiment que la Légitime des ascendans a lieu dans cette coutume ».

C'est aussi ce qui a été jugé pour la coutume de Vermandois par arrêt du 2 février 1586, infirmatif d'une sentence du bailliage de Laon du 19 août 1581. Par cet arrêt (dit Brodeau) « la cour adjugea la Légitime au père, encore que la disposition testamentaire du fils fût en faveur des pauvres, la question demandée aux chambres..... On a soutenu qu'il y avait une particularité grande, en ce que le fils avait déshérité son père, *cum elogio*, en ces termes; *et d'autant que mon père ne m'a jamais voulu rendre compte, je donne tous mes biens à l'hôtel-dieu.* Et néanmoins ayant été curieux de voir ce testament, qui est du 12 juin 1575, je n'y ai point trouvé cette clause, et il semble que l'arrêt soit fondé sur l'usage de cette coutume, qui fait souvent mention de la raison écrite, à laquelle elle se conforme, même en ce qui concerne la querelle d'inofficiosité et la Légitime des enfans. Et de fait, messire Pierre de Fontaines, originaire de Vermandois, en son livre manuscrit à la reine Blanche, au chapitre dernier du premier livre, où il traite *ex professo* des usages et coutumes de Vermandois, après avoir parlé de la soutenance ou Légitime des enfans, dit que par l'usage de sa province le père et la mère ont le même droit, quand il n'y a point d'enfans ».

Cette question s'étant pareillement élevée dans la coutume d'Orléans, M. l'avocat général Servin conclut pour adjuger la Légitime à une mère sur les meubles et acquêts de sa fille; « mais la cour, pour la conséquence, ne voulut point juger la cause sur-le-champ, et ordonna le 15 juillet 1608, qu'elle verrait les arrêts et qu'elle en délibérerait ». Brodeau qui rapporte cette particularité, ne nous apprend pas comment la cause a été jugée : mais il y a tout lieu de croire qu'elle l'a été en faveur de la mère. En effet, ce n'était point sur les arrêts intervenus dans les autres coutumes qu'il fallait régler la décision de cette affaire, c'était sur la coutume d'Orléans elle-même. L'art. 277 de cette loi porte que si une *donation est immense ou excessive, les enfans et autres descendans en droite ligne des donateurs la peuvent quereller et faire réduire à la Légitime telle que dessus; et les héritiers collatéraux, en cas qu'il n'y ait enfans ou autres descendans en droite ligne desdits donateurs, la peuvent aussi quereller selon la disposition de droit.* Ce texte donne, comme on le voit, une Légitime aux enfans indéfiniment, et aux collatéraux, c'est-à-dire, aux frères et aux sœurs, dans le cas marqué par le droit civil. Il n'est sans doute pas permis de croire que les rédacteurs aient eu l'intention, en passant sous silence le père et la mère, de les rendre de pire condition que des collatéraux : une pareille supposition offenserait la nature, et serait d'ailleurs détruite par l'art. 258 de la coutume qui appelle le père et la mère à la succession des meubles

Source : BIU Cujas

et acquêts, *plutôt que les frères et les sœurs de l'enfant trépassé*. Si donc l'art. 277 ne parle pas des ascendans, c'est parcequ'il a été rédigé eu égard au cours le plus ordinaire des choses, c'est-à-dire, dans l'hypothèse du décès du père et de la mère avant leur enfant. On a suivi en cela une règle prescrite par les lois 5 et 6, D. *de legibus*, au Digeste : *Ad ea potiùs debet aptari jus quæ et frequenter et facilè quàm quæ perrarò eveniunt. Quod enim semel aut bis existit, prætereunt legislatores.* — Ajoutons que l'art. 217 de l'ancienne coutume d'Orléans porte : *Si la donation est immense et excessive, les enfans ou héritiers dudit donateur la peuvent quereller selon la disposition de droit.* Le mot *héritiers*, rapproché de ceux-ci, *selon la disposition du droit*, désigne certainement tous ceux à qui les lois romaines accordent une Légitime; et, par une conséquence nécessaire, on ne peut douter que les ascendans n'y soient compris. Or, si ceux-ci étaient mis dans l'ancienne coutume au rang des légitimaires, pourquoi n'y seraient-ils plus dans la nouvelle ? On ne trouve rien dans ses dispositions qui puisse faire présumer un changement de jurisprudence sur cette matière; il faut donc laisser les choses sur l'ancien pied.

La question ne souffre pas autant de difficulté pour la coutume de Bourgogne. Comme cette loi municipale soumet expressément au droit écrit les cas échappés à sa prévoyance, il est incontestable que la légitime des ascendans y a lieu; et c'est ce qui a été jugé par arrêt du parlement de Paris, du 12 août 1741, en faveur des sieur et dame Meslé, contre le sieur Commeau, légataire universel tant des meubles et acquêts que de l'usufruit des biens-fonds de la dame Commeau, leur fille. (*Rousseaud de Lacombe fils*, ch. 53.)

VI. A l'égard des coutumes qui ne renferment rien dont on puisse conclure qu'elles doivent être suppléées par le droit romain, c'était autrefois une question fort controversée de savoir si la Légitime des ascendans devait y avoir lieu.

Le parlement de Paris a semblé d'abord incliner pour l'affirmative; c'est du moins ce qu'annonce un arrêt du 7 décembre 1585, par lequel la cinquième chambre des enquêtes a adjugé la Légitime à Claude de Choisi, mère d'Hélène Heurré. Chopin sur la coutume d'Anjou, liv 2, part. 3, ch. 1, tit. 4, n. 16, rapporte cet arrêt comme confirmatif d'une sentence du bailli de Bray-sur-Seine.

Mais bientôt la jurisprudence s'est pliée au sentiment de ceux qui refusaient la Légitime aux ascendans.

Le premier arrêt qui ait jugé de cette manière, est celui du 3 octobre 1589, rendu pour la coutume de Chartres, après une enquête par turbes. Le procès avait d'abord été parti à la quatrième chambre des enquêtes, et ensuite départi à la cinquième : après de longues discussions, « la demanderesse fut déboutée de la Légitime par elle prétendue sur les biens meubles et acquêts de sa défunte fille, *multis contradicentibus* »; ce sont les termes de Louet. Brodeau ajoute : « Tout ce qu'on peut remarquer de particulier à cet arrêt, est que cette coutume, art. 88 et 91, parlant des donations inofficieuses, réserve seulement la Légitime due aux enfans par droit de nature, laquelle expression semble ouvertement exclure la Légitime des ascendans ». — Cette raison est bien faible, et l'on dirait presque inconséquente : le silence d'un statut particulier n'a jamais été un argument pour faire cesser les dispositions justes et équitables du droit commun; et ce n'est point lorsqu'il s'agit d'aller contre une loi dictée par la nature et fondée sur la plus juste commisération, qu'on peut se servir de la règle *inclusio unius est exclusio alterius*. Quelque expression que les rédacteurs d'une coutume aient faite d'un cas, et quelque silence qu'ils aient gardé sur un autre, on doit toujours supposer qu'ils n'ont pas voulu déroger aux premiers devoirs de l'humanité, et que s'ils avaient eu des raisons assez fortes pour le faire, ils s'en seraient expliqués clairement. Si donc l'arrêt cité était le seul de son espèce, il faudrait l'y restreindre; et dans la coutume de Chartres comme dans les autres, la Légitime des ascendans ne manquerait pas de défenseurs; mais elle a été rejetée en tant d'autres occasions, qu'il serait, non pas téméraire, mais inutile de vouloir encore en soutenir le parti.

Les arrêts rendus à ce sujet méritent d'être connus. Celui que nous venons de rapporter, est, comme nous l'avons dit, le plus ancien que l'on nous ait conservé.

Le second est du 28 avril 1606 : il a été rendu par la chambre de l'édit pour la coutume de la Rochelle, et il a confirmé la sentence du juge des lieux.

Le troisième a été rendu le 18 juin 1611 à la cinquième des enquêtes, après avoir pris l'avis de toutes les chambres et examiné tous les arrêts intervenus précédemment sur cette question. — Il s'agissait d'une succession ouverte dans la coutume de Paris. Les créanciers de Thomas Coignet, représentés par Machault leur syndic, demandaient la détraction de sa Légitime sur les meubles et acquêts de François Coignet, son petit-fils, légués à Catherine Boulanger : le châtelet avait accueilli leur demande; mais sur l'appel, la sentence a été infirmée, Machault a été débouté de ses fins et conclusions; et sur l'intervention du curateur à la succession vacante de Thomas Coignet, les parties ont été mises hors de cour. — Il n'est cependant pas bien certain que notre question ait été jugée dans cette espèce : « Ce qu'il y avait de particulier au procès, (dit Brodeau), c'est que Thomas Coignet n'avait jamais fait demande de sa Légitime; au contraire, il y avait tacitement renoncé par plusieurs actes; ce qui rendait le curateur non recevable, l'intervention duquel on avait mendiée en cause d'appel ».

Le quatrième arrêt, qui est du 1er mars 1614, a

Source : BIU Cujas

infirmé une sentence arbitrale rendue par Anne Robert, qui avait adjugé à Louise Descham, s la Légitime prétendue par elle sur les meubles et acquêts de sa fille, régis par la coutume du Maine. Brodeau écrivait pour la mère : « La principale difficulté, (dit-il), tombait sur les particularités de la coutume du Maine, laquelle ne fait aucune mention de la Légitime des descendans non plus que des ascendans; et néanmoins on n'a jamais révoqué en doute, en cette coutume, que la Légitime ne fût due aux enfans. La même coutume, art. 352, défend à celui qui n'a que des acquêts ou meubles, sans aucun propre, d'en donner plus que la moitié, l'autre étant réservée aux héritiers par forme de Légitime : or, on soutenait que la succession des enfans à l'égard de leur père et de leur mère, ne consistait qu'en meubles et acquêts, et que les propres n'y venaient en aucune considération, et conséquemment qu'il n'était pas au pouvoir des enfans d'en disposer plus avant que de la moitié, l'autre étant destinée pour la Légitime du père et de la mère ».

Le cinquième arrêt a été rendu le 16 février 1615, pour la coutume de Chauny, suivant Brodeau, et pour celle de Paris, suivant Vrevin, qui était mieux instruit du fait, son père ayant été partie au procès. La cause avait été plaidée en première instance au châtelet; l'avocat du roi avait conclu pour le père; mais la sentence l'avait débouté, et elle fut confirmée sur les conclusions de M. l'avocat général Servin.

Le sixième est intervenu le 7 décembre 1643; et il a jugé, comme y avait conclu M. Talon, qu'il n'était point dû de Légitime à la mère dans la coutume de Reims, quoique voisine de celle de Vermandois. Il est aussi rapporté par Brodeau.

Soëfve, tom. 1, cent. 2, ch. 33, en cite un septième du 18 juillet 1647. — Et le Journal des audiences nous en offre un huitième, qui paraît avoir été encore rendu pour la coutume de Paris. Il s'agissait du testament de Claude Mabile, dont son père attaquait les dispositions comme inofficieuses. Le châtelet en avait ordonné l'exécution, et la sentence a été confirmée en ce point par arrêt du 18 mai 1687, sur les conclusions de M. l'avocat général de Lamoignon.

Cette jurisprudence est, comme on le voit, trop bien affermie pour qu'il y ait lieu d'en espérer la réformation. — Voyons cependant quels sont les motifs sur lesquels on la fonde : on en donne communément trois.

1° La Légitime, dit-on, n'est due qu'à ceux qui ont droit de succéder à titre universel, et les ascendans ne succèdent dans les pays coutumiers qu'à deux espèces particulières de biens, aux meubles et aux acquêts. — Cette raison mérite à peine une réfutation sérieuse : qui est-ce qui ignore que dans nos mœurs, la succession des meubles et acquêts forme un titre universel?

2° La Légitime des ascendans n'est pas fondée sur le droit naturel comme celle des enfans; ceux-ci sont ordinairement réduits à attendre leur subsistance de ceux-là, mais il n'est pas dans l'ordre de la nature qu'un fils soit obligé de nourrir son père. — Cette raison n'est guère plus solide que la précédente. C'est la nature elle-même qui a établi l'obligation des enfans de pourvoir à la subsistance des auteurs de leurs jours : à la vérité, cette obligation n'est pas dans la classe des choses ordinaires; il faut au contraire, pour y donner lieu, qu'il s'opère un renversement; mais ce renversement fait, l'obligation naît d'elle-même.

3° Comme les ascendans ne peuvent succéder dans les pays coutumiers qu'aux meubles et acquêts de leurs enfans, s'ils pouvaient prendre une Légitime, ce ne serait que sur ces deux espèces de biens : or, il y aurait en cela deux inconvéniens. D'abord, ne serait-ce pas une injustice d'ôter à un enfant la libre disposition de ses acquêts, c'est-à-dire, du fruit de ses travaux et de son industrie? en second lieu, obliger un fils de laisser une Légitime à son père, c'est lui interdire le commerce de la plus grande partie de ses biens, puisqu'il est déjà obligé, au moins dans plusieurs coutumes, de laisser à ses collatéraux les quatre quints de ses propres. Le premier de ces inconvéniens, il est vrai, peut aussi se rencontrer dans la Légitime des enfans d'un père qui ne possède que des meubles et acquêts; mais le second ne peut guère y avoir lieu; car il est rare que les quatre quints des propres ne suffisent pas pour remplir la Légitime. — Il n'est pas plus difficile de répondre à cette objection qu'aux autres. On ne gêne pas la liberté du commerce en interdisant les dispositions à titre gratuit, et sur-tout par testament. Or, l'obligation qu'on imposerait aux enfans de laisser une Légitime à leur père et à leur mère dans leurs meubles et acquêts, ne leur ôterait pas la faculté de disposer de la totalité de ces biens à titre onéreux, et même elle ne porterait pas la moindre atteinte à la disponibilité des propres par donation entre-vifs. Ainsi, tout l'inconvénient de cette obligation, c'est qu'un fils ne pourrait pas donner entre-vifs tous ses meubles et acquêts, et qu'au lit de la mort il se trouverait réduit à ne pouvoir disposer que de peu de chose, parceque, d'un côté, la réserve coutumière l'empêcherait de toucher aux quatre quints de ses propres, et que, de l'autre, la Légitime de son père affecterait une partie de ses meubles et acquêts. Eh! le grand mal, quand on ne pourrait pas ôter à des héritiers les biens que la nature et la loi leur déférent!

Quoi qu'il en soit, il paraît que ce prétendu inconvénient est, de toutes les raisons que nous venons de passer en revue, celle qui frappe le plus nos auteurs; et Lebrun convient, malgré les arrêts cités, qu'il faudrait donner une Légitime aux pères et aux mères dans les coutumes où il ne peut pas avoir

Source : BIU Cujas

lieu, c'est-à-dire où les pères et les mères sont les seuls héritiers *ab intestat* de leurs enfans, comme Lille, Tournai, Douai, etc.

VII. On a dit ci-dessus, que l'ancienne coutume de Normandie n'accordait point de Légitime aux enfans : à plus forte raison donc devait-elle la refuser aux ascendans; et c'est ce qui s'observe encore aujourd'hui dans cette province. « Notre coutume, dit Basnage, est fort différente (des lois romaines) ; bien loin que les pères et les mères aient une espèce de Légitime sur les biens de leurs enfans, au contraire elle leur ôte entièrement leur succession, pour la donner à leurs autres enfans ».

VIII. Au reste, dans tous les pays où la Légitime est due aux ascendans, il n'y a que les plus proches qui peuvent y prétendre : ainsi, les aïeuls ne sont pas fondés à la demander, quand le père et la mère, ou l'un d'eux survit : il en est de même des bisaïeuls, quand il se trouve des aïeuls, parceque dans l'ordre des ascendans, il n'y a jamais de représentation.

IX. Ce que nous avons dit dans le paragraphe précédent au sujet des enfans bâtards, absens, serfs, morts civilement, etc, reçoit une application entière à leurs ascendans : ainsi, dans les cas où ceux-là ne peuvent point exiger de Légitime, ceux-ci en sont également incapables, quand même la jurisprudence ou la coutume du lieu accorderait en général ce droit aux pères et aux mères.

§. III. *Des parens collatéraux considérés par rapport au droit de demander une Légitime.*

I. Au défaut des descendans, les frères et les sœurs ont, suivant les lois romaines, le droit d'exiger une Légitime concurremment avec les ascendans ; mais il leur faut pour cela deux conditions : la première, que le défunt ait institué une personne deshonnête; la seconde, qu'ils soient nés du même père que lui. — Nous allons développer tout ce qui se trouve sur cette matière dans le droit romain; nous examinerons ensuite quel usage on peut en faire dans nos mœurs.

II. Dans l'exacte rigueur des principes, un homme ne doit rien à ses frères ni à ses sœurs; il ne leur a point donné l'existence, il ne l'a point reçue d'eux ; ainsi, aucun motif ne l'oblige à assurer leur subsistance, ni conséquemment à leur réserver une certaine portion de ses biens.

Cependant il importe à la société que personne ne fasse un mauvais usage de son patrimoine ; et lorsqu'il se trouve un testateur assez aveugle pour en priver des frères et des sœurs, et le laisser à des gens indignes de ses bienfaits, on est naturellement porté à croire qu'une passion violente lui a ôté l'usage de la raison, et que son testament n'est point l'expression d'une volonté libre.

C'est par cette considération que l'ancien droit romain accordait aux frères et aux sœurs la querelle d'inofficiosité, dans tous les cas où, sans leur laisser une portion légitimaire, le défunt leur avait préféré des esclaves ou des étrangers de la ville dont il était bourgeois.

Ce point de droit n'est pas aussi connu qu'il devrait l'être; mais en voici la preuve. — La loi 21, C. *de inofficioso testamento*, qui est des empereurs Dioclétien et Maximien, porte que la querelle d'inofficiosité ne peut appartenir en ligne collatérale qu'aux frères et aux sœurs du défunt. *Fratris vel sororis filii, patrui vel avunculi, amitæ etiam et materteræ testamentum inofficiosum frustrà dicunt, cùm nemo eorum qui ex transversâ lineâ veniunt, exceptis fratre et sorore, ad inofficiosi querelam admittatur.* — Ce texte, considéré à part, semble faire entendre que les frères et les sœurs avaient alors en toutes sortes de cas le droit d'attaquer par la querelle d'inofficiosité le testament qui leur ôtait leur Légitime : mais il suffit, pour se convaincre du contraire, de rapprocher de cette décision la loi 24, D. *de inofficioso testamento;* en voici les paroles : *Circa inofficiosi querelam evenire plerumquè soletut in unâ eâdemque causâ diversæ sententiæ proferantur. Quid enim si, fratre agente, heredes scripti diversi juris fuerint? Quòd si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.* Ces mots, *si heredes scripti diversi juris fuerint*, renferment évidemment la preuve que les frères et les sœurs tiraient de la qualité des héritiers institués par le défunt, le droit de faire déclarer ses dispositions inofficieuses ; et c'est en quoi ils différaient des enfans et des ascendans, qui pouvaient intenter la querelle d'inofficiosité contre toutes sortes d'héritiers institués. — La loi 31, §. 1 du même titre, établit clairement cette différence : *Quantùm ad inofficiosi liberorum vel parentum querelam pertinet, nihil interest quis sit heres scriptus ex liberis, an extraneis vel municipibus.* Le sens de ce texte n'est point équivoque. « A l'égard de la plainte d'inofficiosité des enfans et des ascendans, il est fort indifférent que l'héritier institué soit esclave ou libre, étranger ou bourgeois ». Voilà bien la preuve qu'il y avait, au temps de cette loi, des personnes qui ne pouvaient attaquer un testament du chef d'inofficiosité, que lorsque le défunt leur avait préféré un esclave ou un étranger de la ville dont il était bourgeois; et ces personnes ne pouvaient être que les frères et les sœurs, puisque c'étaient les seuls parens collatéraux que la jurisprudence de ce temps-là admettait à la plainte dont il s'agit.

Telles étaient les dispositions des lois sur cette matière, lorsque l'empereur Constantin monta sur le trône : ce prince, trouvant à propos d'établir là-dessus un droit nouveau, ordonna que les frères et les sœurs ne pourraient plus exercer la querelle d'inofficiosité, hors le cas où le défunt aurait institué des personnes infâmes ou notées de quelque

Source : BIU Cujas

tache. Les deux constitutions (1) qu'il fit à ce sujet en 319 et 332, ont été fondues en une seule par Tribonien, et elles forment aujourd'hui la loi 27, C. *de inofficioso testamento*, qui est ainsi conçue : *Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitùs arceantur. Consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quæstionem movere possunt, si scripti heredes infamiæ vel turpitudinis, vel levis notæ maculâ aspergantur, vel liberti qui perperàm et non benè merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt, excepto servo necessario herede instituto.*

III. Les interprètes ne sont pas d'accord sur le degré d'infamie ou de honte qu'il faut qu'un héritier institué ait atteint pour que son institution donne ouverture à cette querelle. Cela paraît cependant bien clairement déterminé par la loi 27, C. *de testamentis*, qui porte : *Si scripti heredes infamiæ vel turpitudinis, vel levis notæ maculâ aspergantur.*

IV. Et d'abord, on ne doit point douter que les personnes notées d'infamie, soit de plein droit, soit par une condamnation judiciaire, ne soient comprises dans cette disposition : mais on demande si ceux qui ne sont infâmes que de fait, y sont également soumis.

On entend par *infamie de fait*, une tache que les lois ne déclarent point expressément infamante, mais qui ne laisse pas de déprimer parmi les personnes honnêtes, ceux qui en sont marqués. Tels sont :

1° Les faillis, et ceux qui ont obtenu le bénéfice de cession de biens : *Sancimus ut nemini magistratuum liceat rei causâ cessionis bonorum necessitatem aliqui eorum inferre qui de prædictis causis propter pecunias publicas fortè aut etiam privatas judicium sustinent*, AUT HUJUSMODI CONTUMELIIS UTI AC PRÆTEXTIBUS, etc. (*Nov.* 135, *cap.* 1). — « Voulons que ceux qui auront obtenu des lettres de répi ou des défenses générales, ne puissent être élus maires ou échevins des villes, juges ou consuls des marchands, ni avoir voix active et passive dans les communautés, ni être administrateurs des hôpitaux, ni parvenir aux autres fonctions publiques, et même qu'ils en soient exclus, en cas qu'ils fussent actuellement en charge ». (*Ordonnance de mars* 1673, *tit.* 9, *art.* 5.) « Les faillis et banqueroutiers ne pourront entrer en la loge du change, ni écrire et virer partie, si ce n'est après qu'ils auront entièrement payé leurs créanciers, et qu'ils en auront fait apparoir ». (*Règlement du conseil, du 2 juin* 1667, *pour le commerce de Lyon.*)

2° Les histrions, les sauteurs, bateleurs et danseurs de corde : *infamiâ notatur.... qui artis ludicræ pronuntiandive causâ in scenam prodierit.* (Loi 1, D. *de his qui notantur infamiâ.*) Mais *V. Comédien*, n. 5.

3° Les femmes de mauvaise vie : *probrum intelligitur etiam in his mulieribus esse quæ turpiter viverent, vulgòque quæstum facerent, etiamsi non palàm.* (Loi 41, D. *de ritu nuptiarum.*) *Non solùm autem ea quæ facit quæstum corpore, verùm ea quoque quæ fecit, etsi facere desiit, lege notatur; neque enim aboletur turpitudo quæ posteà intermissa est.* (Loi 43, §. 4, D. *eod. tit.*)

Puisque la loi 22, C. de *testamentis*, n'exige pas, pour donner ouverture à la querelle d'inofficiosité de la part des frères, que l'héritier institué soit noté d'infamie, mais seulement de ce qu'elle appelle *turpitudinis vel levis notæ macula*, il est évident que l'institution des personnes dont on vient de parler, peut être attaquée par la voie dont il s'agit; et conséquemment qu'elle oblige le testateur qui veut absolument la faire, à laisser une Légitime à ses frères et à ses sœurs.

V. Faut-il mettre sur la même ligne les enfans nés d'unions illicites ? Non. Le bâtard n'est point coupable du crime de sa naissance ; et les peines étant personnelles comme les fautes, il y aurait autant d'inhumanité que d'inconséquence à lui en faire supporter les suites (1); et il est si vrai qu'on ne le regarde ni comme infâme, ni comme noté de quelque tache, que la loi 6, D. *de decurionibus*, la loi 7, C. *de naturalibus liberis*, et plusieurs autres textes, l'admettent aux charges publiques, quoique la loi 2, C. *de dignitatibus*, en exclue tous ceux en qui il se trouve la moindre infamie de droit ou de fait.

On objecterait inutilement que la loi 3, §. 2, D. *de decurionibus*, ordonne de préférer dans la distribution des charges, les personnes nées en mariage légitime, à celles qui sont nées d'un commerce illicite. Nous ne disconvenons pas que les

---

(1) Voici les termes de la première : *Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur, et germanis tantummodò fratribus adversùs eos duntaxat institutos heredes quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis, agnatione durante, sine auxilio prætoris, petitionis aditus referetur.* L. 1, Cod. Theod. *de inofficioso testamento.* — La seconde est ainsi conçue : *Servus necessarius heres instituendus est, quia non magis patrimonium quàm infamiam consequi videtur. Undè claret actionem inofficiosi fratribus relaxatam, cùm infamiæ aspergitur vitiis is qui heres extitit, omniaque fratribus tradi, quæ per turpitudinem aut aliquam levem notam capere non potest institutus : ita in hâc quoque parte, si quandò libertis heredibus institutis fratres fuerint alieni, inofficiosi actione propositâ prævaleant in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas ille perverâm ad libertos voluerat pertinere.*

(1) *Nunquàm de vitiis erubescamus parentum. Quòd si fornicatorem ipsum ad meliora conversum nequaquàm prior vita commaculat, multò magis ex meretrice natus et adulterâ, si propriâ virtute decoretur, parentum suorum non dedecoratur opprobriis. non est omninò nec de virtute, nec de vitiis parentum, aut laudandus aliquis, aut culpandus.* Décret de Gratien, canon *nunquàm* 4, dist. 56. *Crimen pro pœnâ paternâ nullam maculam filio infligere potest.* Loi 26, D. *de pœnis.*

Source : BIU Cujas

premières ne méritent plus de faveur que les secondes; mais la préférence qui est donnée à celles-là, ne prouve pas que celles-ci soient infâmes de droit ou de fait. Il y a dans l'ordre de l'honneur des classes différentes; et celui qui est placé à la dernière, ne mérite pas pour cela d'être traité comme un homme vil et méprisable.

On ne serait pas mieux fondé à objecter le rescrit du pape Calixte aux évêques de France, qui déclare infâmes les bâtards incestueux, sous le prétexte que les lois civiles les regardent comme tels, et les excluent des successions : *Conjunctiones consanguineorum fieri prohibete, quandò has et divinæ et sæculi prohibent leges. Leges ergo divinæ hoc agentes et eos qui ex eis prodeunt non solùm ejiciunt, sed et maledictos appelant. Leges verò sæculi infames tales vocant, et ab hereditate repellunt. Nos verò sequentes patres nostros, et eorum vestigiis inhærentes, infamiâ eos notamus, et infames esse censemus, quia infamiæ maculis sunt aspersi: nec eos viros, nec accusationes eorum, quos leges sæculi rejiciunt, suspicere debemus.* (Canon *conjunctiones* 2, caus. 35, quest. 2 et 3, dans le décret de Gratien.) — Cette décision n'est évidemment fondée que sur un faux principe. Il n'y a pas un texte dans tout le droit romain, qui note les bâtards d'infamie; et s'ils sont exclus des successions de leurs pères, c'est uniquement parceque les lois ne veulent pas favoriser le libertinage, ce qu'elles feraient, en permettant aux bâtards de succéder aux auteurs de leurs jours, puisqu'alors on ne serait plus retenu par la crainte de donner le jour à des enfans à qui l'on ne pourrait pas laisser ses biens. Il n'en faut pas davantage sans doute pour nous faire rejeter le rescrit du pape Calixte; et si l'on ajoute à cette considération qu'il n'a jamais fait ni pu faire loi en France, on aura une preuve démonstrative de l'inapplicabilité de ce texte à notre question.

Enfin, qu'on n'objecte pas l'inhabilité des bâtards à être élevés aux ordres sacrés et même aux ordres mineurs sans une dispense expresse de l'église : cette inhabilité n'est pas d'une date fort ancienne dans le droit canonique, et elle n'a pas pour motif le déshonneur prétendu attaché à la bâtardise. Ecoutons M. d'Aguesseau dans son vingt-cinquième plaidoyer. — « Si nous remontions jusqu'aux premiers siècles de l'église, il serait facile de faire voir qu'on y a ignoré pendant long-temps cet empêchement que les canons des derniers conciles ont rendu si légitime, et qu'ils ont établi par de si sages considérations, qu'avant ces canons l'honneur ou la honte de la naissance n'avait point de part au choix ou à l'exclusion des ministres sacrés (1), et qu'on ne considérait que leurs qualités personnelles; que les anciens docteurs ne croyaient pas qu'on pût faire porter aux enfans la peine du crime de leurs pères, ni interdire l'entrée des fonctions ecclésiastiques à ceux qui, pour nous servir de leurs expressions, *alieno scelere laborabant, non suo.* L'église d'Orient suit encore aujourd'hui cette ancienne discipline; elle n'a été changée par des lois expresses, dans l'église latine, que dans le onzième siècle; et quoiqu'on trouve des vestiges de cette incapacité dans les siècles précédens, on ne voit point de concile qui en ait fait un règlement général avant ce temps. C'est alors qu'on crut que quoiqu'on ne pût imputer aux enfans le crime qui leur avait donné la vie, il était juste d'éloigner du service des autels ceux qui étaient la preuve et quelquefois les imitateurs des dérèglemens de leurs pères; que cette sévérité était nécessaire pour réformer les mœurs des ecclésiastiques, et pour leur ôter l'espérance de pouvoir transmettre leurs bénéfices à ceux que les lois civiles rendaient incapables de recueillir leurs successions. Tels furent les motifs de la célèbre disposition du concile tenu à Poitiers en 1078 ».

On ne peut donc pas mettre les bâtards au rang des personnes dont l'institution donne ouverture à un droit de Légitime pour les frères et les sœurs du testateur (1). Et c'est ce qu'a jugé un arrêt du conseil souverain de Frise, rendu en 1688, et rapporté par Vandepoll, *de exheredatione*, ch. 62, n. 22.

VI. En est-il de même d'un fils qui a été blâmé par le testament de son père? La négative paraît incontestable à la première vue. La loi 13, C. *ex quibus causis infamia irrogatur*, dit expressément que, quoiqu'un père, en blâmant ses enfans par son testament, ne les couvre pas d'infamie, il laisse néanmoins une mauvaise idée de leur caractère ou de leur conduite dans l'esprit des gens de bien. *Ea quæ pater filios suos increpans scripsit, infames quidem filios jure non faciunt; sed apud bonos et graves opinionem ejus qui patri displicuit, onerant.* Et c'est sur ce fondement qu'Accurse a soutenu que si de tels enfans se trouvaient dans la suite institués par quelqu'un, les frères et les sœurs du testateur pourraient intenter la querelle d'inofficiosité contre ses dispositions. — Mais cette opinion est sans contredit trop rigoureuse. Rien n'est plus commun que de voir un père gourmander ses enfans, *hoc enim pater circa filium solet facere*, dit la loi 132, D. *de verborum obligationibus;* c'est un droit et même un devoir attaché à l'auto-

(1) L'assertion de M. d'Aguesseau est justifiée par les canons 12 et 13 de la distinction 56 du décret de Gratien. Voici les termes du premier : *Apostolicâ auctoritate præcipimus vobis, ut si eum qui ab ecclesiâ electus est, altero digniorem esse, canonicamque ejus electionem probaveritis, falli nostrâ auctoritate consecretis; nam pro eo quod filius sacerdotis dicitur, si cæteræ virtutes in eum conveniunt, non reficimus, sed suffragantibus meritis connivendo eum recipimus.*

(1) Ce que nous disons ici n'est vrai que par rapport aux institutions faites par des étrangers ou des parens collatéraux : celles dont les bâtards seraient honorés par leurs pères, mères ou autres ascendans, seraient nulles, ou au moins réductibles de plein droit. *V. Bâtard, Institution d'héritier,* et *Légataire.*

Source : BIU Cujas

rité paternelle ; et ce serait une rigueur intolérable d'en faire résulter une tache dans l'ordre civil, pour ceux qui en sont l'objet : un père peut bien exercer, dans l'enceinte de sa famille, l'empire que la nature et la loi lui donnent ; mais il n'en doit rien rejaillir dans le public. Le texte sur lequel Accurse se fonde, prouve sans doute qu'un fils blâmé par son père, ne jouit pas de toute la considération à laquelle il aurait eu droit de prétendre sans cette disgrace ; mais on ne peut pas conclure de là qu'il soit entièrement déshonoré, et qu'il doive être mis sur la ligne des banqueroutiers, des histrions, des femmes publiques. On sent d'ailleurs que ce serait trop étendre les bornes du pouvoir d'un père, que de laisser à sa disposition l'honneur de son fils, c'est-à-dire, la plus précieuse partie de l'existence qu'il lui a donnée : il ne faut pas, dit la loi 4, D. *de inofficioso testamento*, il ne faut pas approuver les passions des pères qui injurient leurs enfans par leurs testamens, *non est consentiendum parentibus qui injuriam adversùs liberos testamento indicunt.* « Ainsi, (conclut Lebrun), un tel blâme prononcé autrefois contre un héritier que le testateur institue aujourd'hui par son testament, ne donne point lieu au frère de ce testateur d'intenter la querelle d'inofficiosité, comme si leur frère avait institué une personne infâme ».

VII. La loi 27, C. *de inofficioso testamento*, ajoute à ceux dont l'institution ouvre aux frères et aux sœurs la querelle d'inofficiosité, les affranchis, qui, sans avoir bien mérité de leur patron, ont été comblés de ses bienfaits comme par une espèce d'aveuglement, *liberti qui perperàm et non benè merentes maximisque beneficiis suum patronum assecuti, instituti sunt.* Ce n'est pas que ce texte les mette au nombre des personnes infâmes ou déshonnêtes, il les en distingue au contraire très clairement ; mais il ne veut pas qu'un homme puisse sans motif raisonnable, *perperàm*, disposer de tous ses biens au profit de gens qui lui sont déjà redevables de la liberté, tandis qu'il a des frères et des sœurs habiles à recueillir sa succession.

VIII. Lorsqu'un testateur institue à la fois une personne infâme de droit ou de fait, et une autre à laquelle il n'y a rien à reprocher, ses frères et ses sœurs peuvent-ils exercer leur querelle d'inofficiosité ? — La raison de douter est que le testament ne pourrait être rescindé que pour la moitié ; ce qui ne paraît pas praticable, aux termes des lois romaines, puisqu'elles ne permettent pas que l'on puisse mourir *partim testatus, partim intestatus.* — Cependant il faut dire avec la loi 24, D. *de inofficioso testamento*, que la querelle d'inofficiosité doit avoir lieu en ce cas pour la part dans laquelle est instituée la personne infâme ; on ne peut rien en effet de plus précis que ces termes : *Circa inofficiosi querelam evenire plerumquè solet ut in unâ eâdemque causâ diversæ sententiæ proferantur. Quid enim si, fratre agente, heredes scripti diversi juris fuerint? Quòd si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.* — La règle qui défend de mourir en partie *testat*, et en partie *intestat*, n'est pas contraire à cette décision ; le testament, dans notre espèce, subsiste pour le tout au moment de la mort du testateur ; car s'il n'était pas valable, on n'aurait pas besoin de la querelle d'inofficiosité pour le faire casser ; ce n'est qu'après l'ouverture de l'hérédité, et, comme on dit, *ex post facto*, qu'il est annullé pour la moitié ; et dans cet état, rien n'empêche qu'une pareille scission ne puisse avoir lieu ; elle est au contraire autorisée formellement par deux lois expresses. — *Cùm duobus heredibus institutis, uno ex quinque, altero ex septem unciis, adversùs eum qui ex septem unciis heres scriptus fuerat, justâ querelâ contendisse, ab altero autem victum te fuisse alleges, pro eâ parte quâ resolutum est testamentum, cùm jure intestati, qui obtinuit, succedat, neque legata neque fideïcommissa debentur.* (Loi 13, C. *de inofficioso testamento.*) — *Filius qui de inofficiosi actione adversùs duos heredes expertus, diversas sententias judicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est..., credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideò pars hereditatis in testamento remansit; nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.* (Loi 15, §. 2, D. *eod. tit.*)

Mais que serait-ce si la personne infâme qui a été instituée avec une personne honnête, renonçait à la succession et faisait par ce moyen accroître sa part à son cohéritier ? Dans ce cas, la querelle d'inofficiosité pourrait être intentée contre celui-ci, soit que la renonciation de l'autre fût gratuite, soit qu'il l'eût achetée. La raison en est évidente : celui qui acquiert par droit d'accroissement la part de son co-institué, est tenu de toutes les charges que la loi imposait à ce dernier ; c'est la disposition expresse de la loi 1, §. 4, C. *de caducis tollendis.* Or, la loi soumettait la part de l'héritier infâme à la querelle d'inofficiosité : cette action doit donc suivre la part de l'héritier infâme jusque dans les mains de l'héritier honnête.

IX. On demande si le repentir ou le changement de vie de la part de l'héritier institué, empêche les frères et les sœurs de se prévaloir de la honte dans laquelle il a vécu antérieurement, et d'en faire la base d'une querelle d'inofficiosité — Il faut, pour résoudre cette question, distinguer le cas où le changement de vie s'est opéré avant le décès du testateur, de celui où il ne se serait opéré qu'après.

Dans le premier cas, si le changement de vie a effacé la tache dont l'institué était noté, il n'est point douteux que la querelle d'inofficiosité ne doive cesser entièrement. Si au contraire la tache subsiste malgré le repentir, le droit des frères et des sœurs d'attaquer le testament, conserve toute sa force. — Ainsi, quand un failli ayant satisfait tous ses créanciers, a obtenu un jugement de réhabilitation, rien n'empêche qu'il ne puisse être institué

Source : BIU Cujas

au préjudice de la Légitime des frères et sœurs du défunt. — Mais un homme qui aurait essuyé une condamnation infamante après une procédure extraordinaire, aurait beau se repentir et changer de conduite : la tache qui lui aurait été imprimée par le jugement, ne s'effacerait pas pour cela ; et conséquemment l'institution qu'il pourrait s'attirer dans la suite de la part d'un testateur, n'en serait pas moins sujette à la querelle d'inofficiosité. — Il faudrait dire la même chose d'une femme qui, après avoir vécu dans la prostitution, viendrait à mener une vie régulière : ce changement ne la tirerait pas de la classe des personnes infâmes : c'est la disposition expresse de la loi 43, §. 1, D. *de ritu nuptiarum*, rapportée ci-dessus, n. 4.

Dans le second cas, c'est-à-dire, quand l'institué ne change de conduite qu'après la mort du testateur, les frères et les sœurs de celui-ci sont indistinctement fondés à intenter la querelle d'inofficiosité, parcequ'ils ont eu, dès l'ouverture de l'hérédité, un droit acquis à cette action ; et que ce qui nous appartient une fois, ne peut nous être ôté malgré nous. *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.* (Loi 11, D. *de regulis juris.*)

Mais les frères et les sœurs seraient sans action, si l'infamie ou la tache dont ils voudraient se prévaloir, n'était survenue à l'institué qu'après la mort de leur frère. En effet, ils ne peuvent se plaindre que dans le cas où celui-ci leur a fait une injure par la préférence qu'il a donnée sur eux à une personne notée d'infamie : or, dans cette espèce, il est clair que le testateur ne les a point injuriés, puisque celui qu'il a appelé à sa succession, n'a perdu l'honneur qu'après sa mort, et qu'il n'y a jamais d'injure là où l'intention ne concourt pas avec le fait. *Injuriam potest facere nemo, nisi qui scit se injuriam facere.* (Loi 3, §. 2, D. *de injuriis.*)

X. Si la personne infâme est elle-même frère ou sœur du défunt, son institution donne-t-elle lieu à la querelle d'inofficiosité ? Vasquius, Gomez, Peregrini et Verwey ont embrassé la négative ; mais Vandepoll soutient le contraire, et son opinion paraît à la fois plus juridique et plus conforme à la décence des mœurs. Les lois ne distinguent point ce cas d'avec les autres, et l'honnêteté publique demande qu'il soit confondu dans la règle générale.

XI. Y a-t-il lieu à la querelle d'inofficiosité, lorsque les frères qui veulent l'intenter, sont eux-mêmes couverts de la même tache qu'ils prétendent trouver dans l'héritier institué ? Barbosa, Vasquius, Brunneman, Donellus, Vandepoll, répondent que non. L'égalité de condition entre l'héritier institué et les frères, fait cesser la plainte dont il s'agit ; et de même que ceux-ci ne seraient pas recevables à agir si celui-là était à l'abri de tout reproche, de même aussi ils doivent s'abstenir de toute poursuite, lorsqu'ils ont à rougir personnellement des traits d'infamie qu'ils découvrent dans l'héritier institué. — C'est ainsi que, quoiqu'une mère puisse régulièrement déshériter sa fille pour la punir de s'être livrée à la débauche, cependant elle ne le peut pas quand elle mène elle-même une vie déréglée. — C'est ainsi qu'un gladiateur de profession ne pouvait pas, à Rome, user du droit que les lois donnaient aux pères d'exhéréder leurs enfans qui embrassaient cet état : *In arenam non damnato, sed sua sponte arenario constituto, legitimæ successiones integræ sunt..... Sed si testamentum parens ejus fecit, neque de inofficioso testamento accusatio..... ei competit. Nam talem filium meritò quis indignum suâ successione judicat, nisi et ipse similis conditione sit ?* (Loi 11, C. *de inofficioso testamento.*) — Juvénal dirait à ce sujet :

Quis tulerit Gracchos de seditione querentes ?
Quis cœlum terris non misceat et mare cœlo,
Si fur displiceat Verri, aut homicida Miloni,
Clodius accuset Mœchos ?

On ne peut opposer qu'une objection à cette doctrine, et en revanche elle paraît au premier abord très plausible : c'est de dire que le droit a fixé à trois, les causes pour lesquelles il est permis à un frère de déshériter ou de passer sous silence ses frères et ses sœurs, même en instituant une personne infâme ; et que dans ce nombre ne se trouve pas la circonstance que les frères et les sœurs seraient notés de la même infamie que l'héritier dont il fait choix.

Cette objection serait sans réplique, si le principe en était vrai ; mais il n'y a point de loi qui ait défendu d'exhéréder un frère ou une sœur pour plus de trois causes. Le chap. 47 de la Novelle 22 réduit bien à ce nombre les traits d'ingratitude pour lesquels un frère peut être privé, même *ab intestat*, de la part qu'avait son frère dans les gains nuptiaux dévolus aux enfans du premier lit, par le convol de la mère à un second mariage ; mais il n'y a aucune disposition semblable dans tout le droit romain concernant l'exhérédation ; et quoique, par analogie, on l'étende communément à l'exhérédation elle-même, on ne doit pas la restreindre à cet égard dans ses termes précis, et il faut au moins l'interpréter de manière qu'elle n'exclue point le cas où les frères et les sœurs auraient eux-mêmes à se reprocher la faute ou la tache qu'ils opposeraient à l'institué.

Si les frères et les sœurs n'étaient pas tout-à-fait irréprochables, et que cependant ils ne fussent pas rabaissés au même point de honte et de déshonneur que l'héritier choisi par le défunt, on ne pourrait pas les faire déclarer non recevables dans leur querelle d'inofficiosité. C'est l'avis de Vandepoll.

XII. Dans l'ancien droit, tous les frères et les sœurs étaient admis confusément à la querelle d'inofficiosité, quand elle pouvait avoir lieu ; on ne

Source : BIU Cujas

distinguait pas alors les frères utérins d'avec les frères germains ou consanguins ; tous avaient le même droit, parceque, dans l'ordre naturel, tous étaient également offensés par l'injuste disposition de leur frère. C'est ce qui résulte de ces termes de la loi 1, D. *de inofficioso testamento* : « Les cognats, c'est-à-dire, les parens du côté maternel, feraient très bien, à l'exception des frères, de s'épargner les frais de la querelle d'inofficiosité, parcequ'ils ne peuvent jamais en espérer la réussite. *Cognati qui sunt ultra fratrem, meliùs facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cùm obtinere spem non haberent* ».

Cette jurisprudence a été modifiée par l'empereur Constantin : la première disposition de la loi 1, au Code théodosien, *de inofficioso testamento*, est que les frères utérins seront à l'avenir exclus de la querelle d'inofficiosité, et que cette action ne pourra plus être exercée que par les frères germains.

Il n'est point question dans cette loi des frères consanguins ; mais on ne peut douter qu'ils ne soient compris sous les termes de *frères germains* : c'est ce qui résulte de l'exclusion spéciale que l'empereur donne aux frères utérins. D'ailleurs, il ne peut plus y avoir là-dessus aucune difficulté, puisque Justinien, en rappelant cette loi dans son Code, y fait une mention expresse des frères consanguins : *Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitùs arceantur. Consanguinei autem, de inofficioso quæstionem movere possunt.....*

L'empereur Constantin ne s'était pas borné à exclure les frères utérins de la querelle d'inofficiosité : il l'avait encore ôtée aux frères germains ou consanguins qui avaient perdu le droit d'agnation, c'est-à-dire, qui avaient été émancipés du vivant de leur père. Mais Justinien a aboli cette restriction, et ordonné que le droit d'agnation ne serait plus considéré en cette matière : *Consanguinei autem*, DURANTE AGNATIONE VEL NON, *contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quæstionem movere possunt.* Ce sont, comme on l'a déjà dit, les termes de la loi 27, C. *de inofficioso testamento.*

Depuis la promulgation de cette loi, Justinien en a fait une nouvelle pour appeler les enfans des frères germains à la succession *ab intestat* de leurs oncles, concurremment avec les frères vivans, et y prendre la même part que leur père y eût prise, s'il avait vécu (Novelle 118, chap. 33; Novelle 127, chap. 2). Mais comme il ne leur a point accordé expressément la querelle d'inofficiosité, c'est une question s'ils sont habiles ou non à l'exercer. — Tous les auteurs se réunissent pour la négative, sur le fondement que la querelle d'inofficiosité n'appartient point à tous les successeurs *ab intestat*, mais seulement à ceux d'entre eux à qui la loi la donne. Ils appuient cette raison d'un exemple : il est constant, disent-ils, aux termes du chap. 3 de la Novelle 118, que les frères germains concourent avec leur père et leur mère dans la succession *ab intestat* de leur frère décédé : cependant on convient généralement que le père et la mère ont seuls, en ce cas, un droit absolu à la querelle d'inofficiosité, et que celui des frères est subordonné à la qualité des héritiers institués : en sorte qu'ils sont privés de toute action lorsque leur frère a disposé en faveur de personnes honnêtes et irréprochables. Pourquoi donc le droit accordé aux neveux de concourir *ab intestat* avec leurs oncles, emporterait-il celui d'intenter la querelle d'inofficiosité ?

A ces moyens se joint une réflexion péremptoire. La raison pour laquelle on a donné aux frères un droit de Légitime dans la succession de leur frère qui institue une personne infâme, est uniquement fondée sur la gravité de l'injure qu'il leur fait ; car cette injure est d'autant plus grande, que la parenté qui les unit à lui, est plus étroite. Or, les neveux ne sont pas plus proches parens au défunt lorsqu'ils concourent avec leurs oncles par le bénéfice de la représentation, que lorsqu'ils se trouvent seuls pour succéder *ab intestat* : ils n'ont donc pas plus de droit à la querelle d'inofficiosité dans le premier cas que dans celui-ci, puisque, dans l'un comme dans l'autre, le défunt ne les a pas injuriés au point requis par la loi pour fonder une action de cette nature ; car vouloir que l'injure de la prétérition s'estimât dans leur personne, comme si elle avait été faite à leur père qu'ils représentent, ce serait une prétention ridicule en elle-même et absurde dans ses conséquences : il en résulterait, par exemple, qu'une insulte essuyée par l'héritier d'un dignitaire, devrait être appréciée et punie comme si elle avait été faite à celui qu'il représente.

Mais au moins les neveux ne pourront-ils pas profiter de la rescision du testament inofficieux, obtenue par leurs oncles également déshérités ou passés sous silence ? La raison de douter est que, suivant les lois romaines, la rescision d'un testament par la querelle d'inofficiosité, emporte la nullité de l'institution, et réduit les choses *ab intestat.* Or, il est certain que les neveux succèdent *ab intestat* avec leurs oncles ; il est donc juste qu'ils recueillent indirectement le fruit de l'action intentée par ceux-ci. C'est la décision de quelques auteurs, entre lesquels on remarque Mynsingère, (sur les Institutes, titre *de inofficioso testamento*) ; et on l'appuie communément sur les lois 17, 18 et 19, D. *de inofficioso testamento*, qui communiquent à tous les héritiers du même dégré le profit de la querelle d'inofficiosité intentée avec succès par l'un d'eux.

Mais l'opinion contraire est si bien défendue par Lebrun et par Voët, qu'il n'est pas possible de leur refuser son suffrage. Il est de principe, disent-ils, que les jugemens ne nuisent et ne profitent qu'à ceux avec lesquels ils ont été rendus : les neveux ne peuvent donc pas participer au fruit d'une action qu'ils n'ont ni exercée ni pu exercer.

Source : BIU Cujas

Si dans l'espèce des lois citées, la succession s'ouvre *ab intestat* en faveur de tous les héritiers légitimes, par le seul effet de la demande de l'un d'eux, c'est qu'ils sont tous au même degré, et par conséquent tous habiles à intenter eux-mêmes l'action dont ils profitent. La position des neveux est bien différente. Le défunt ne leur devait rien, même en instituant une personne infâme; il n'ont ni droit pour demander une Légitime, ni qualité pour attaquer le testament du chef d'inofficiosité; ils ne peuvent donc pas s'appliquer des textes qui exigent l'un et l'autre dans ceux qu'ils appellent à la succession déclarée *intestate* à la poursuite d'un seul.

Les neveux opposeraient inutilement que leur condition doit être la même quand le défunt est mort *intestat*, que lorsque son testament a été cassé par la querelle d'inofficiosité; que dans le premier cas, leurs oncles seraient incontestablement obligés de leur faire part de la succession; que par conséquent il doit en être de même dans le second cas. — Lebrun et Voët répondent victorieusement à cette objection: « La seule note d'infamie qui n'est point accompagnée de mort civile, ne rend ni indigne ni incapable de recevoir un legs universel, ou de profiter d'une institution d'héritier; ou du moins cette incapacité est seulement respective, et par rapport à ceux à qui par le droit le défunt devait une légitime. Ainsi... les frères ne font juger autre chose (par leur action d'inofficiosité), sinon que l'héritier ou le légataire universel est incapable à leur égard: ce qui ne profite point aux neveux, au respect desquels le même héritier a toute la capacité nécessaire ». Ce sont les termes de Lebrun. — Il serait absurde, ajoute Voët, que ceux qui ont été licitement passés sous silence, et qui par conséquent n'ont reçu du défunt aucune espèce d'injure, fussent de la même condition que ceux dont la prétérition forme un attentat aux défenses des lois, et un affront que la querelle d'inofficiosité tend uniquement à réparer. — En un mot, dit le même auteur, les empereurs Constantin et Justinien ont défendu strictement d'admettre les neveux à la querelle d'inofficiosité: on ne doit donc pas leur en communiquer indirectement l'effet; autrement la prohibition se réduirait à rien; et jamais les détours inventés pour parvenir à une fin pareille, n'ont mérité les suffrages des législateurs. On peut appliquer ici la loi 10 §. 5, D. *de bonorum possessione contra tabulas* (1), et la loi 38, D. *de bonis libertorum* (2).

XIII. Il est temps d'examiner quel est notre usage sur tous les objets que nous venons de parcourir.

Il n'y a là-dessus aucune difficulté dans les provinces régies par le droit écrit. Les lois romaines y sont en pleine vigueur. Ainsi, il n'est point douteux que les frères et les sœurs n'y aient droit d'exiger une Légitime, quand le défunt a institué une personne infâme ou notée de quelque tache, et que faute par lui de la leur avoir laissée, ils ne puissent faire déclarer l'institution nulle pour le tout. C'est même ce qui résulte de l'art. 50 de l'ordonnance de 1735.

On convient aussi que la loi *fratres* est reçue dans les pays coutumiers; c'est ce qu'attestent particulièrement Benedicti, Mornac et Lebrun: nous en en avons même la preuve dans les coutumes d'Orléans et d'Audenarde: la première porte, art. 277, *que* « quand une donation est immense ou excessive, les héritiers collatéraux, en cas qu'il n'y eût enfans ou descendans en droite ligne des donateurs, la peuvent aussi quereller selon la disposition de droit ». La coutume d'Audenarde dit pareillement, rubr. 8, art. 1, que l'on ne peut faire aucune donation inofficieuse « au préjudice..... des frères et des sœurs, lorsque ladite donation serait faite à personne infâme ».

Mais on demande si, en pays coutumier, l'effet de la querelle d'inofficiosité intentée par des frères, se réduit à leur faire adjuger une Légitime, ou s'il s'étend jusqu'à faire infirmer toute l'institution dont le défunt a honoré une personne infâme.

Le premier parti semble au premier abord le plus conforme à nos maximes. Comme l'institution d'héritier ne vaut, dans nos coutumes, que par forme de legs, et que, suivant le dernier état de la jurisprudence romaine, les legs ne sont point annullés par la querelle d'inofficiosité, mais seulement réduits au taux qu'exige le retranchement de la Légitime, la querelle d'inofficiosité ne passe communément parmi nous que pour une demande en détraction de Légitime; et elle n'a point régulièrement d'autre effet, quoiqu'elle soit exercée par un fils contre le testament de son père, ou par un père contre le testament de son fils. Les collatéraux ne sont certainement pas plus favorables que les enfans et les ascendans; ils ne doivent donc pas tirer de cette action plus d'avantage que ceux-ci.

Cependant on décide constamment le contraire, et il passe aujourd'hui pour certain que l'institution d'une personne infâme doit être annullée pour le tout, à la poursuite des frères du défunt. Parmi les raisons qu'on donne de cette jurisprudence, il s'en trouve de bonnes et de mauvaises: tâchons de distinguer les unes d'avec les autres.

Voici comment s'exprime Sallé sur l'art. 50 de l'ordonnance de 1735: « Les frères et les sœurs consanguins ont droit de Légitime, quand l'institution est faite d'une personne infâme; mais, quant à ce dernier cas, il faut observer que notre usage a encore enchéri sur les lois romaines, puisqu'une personne infâme étant incapable parmi nous d'institution d'héritier, les frères et les sœurs consanguins peuvent faire annuller l'institution pour le tout ».

---

(1) *Exheredati liberi quemadmodùm edictum non committunt, ita nec, commisso per alios edicto, cùm illis venient ad bonorum possessionem.*

(2) *Quæritur an filio exheredato, etiam nepotes ex eo à bonorum possessione liberti excludantur? Quod utique sic dirimendum est ut vivo filio donec in potestate ejus liberi manent, non admittantur ad bonorum possessionem, ne qui suo nomine à bonorum possessi ne submoventur, per alios eam consequantur.*

Source : BIU Cujas

— Il y a deux erreurs dans ce passage : d'abord, notre usage n'a point enchéri sur les lois romaines, mais il s'y est conformé, en donnant aux frères le droit de faire annuller pour le tout l'institution d'une personne infâme. Ensuite l'infamie ne forme pas plus parmi nous que chez les Romains, un titre d'incapacité de recevoir des libéralités testamentaires : autrement, les dispositions faites au profit de ceux qui en sont notés, pourraient être attaquées par toutes sortes de parents collatéraux, et il est universellement reconnu qu'elles ne peuvent l'être que par les frères et les sœurs.

Lebrun dit que la querelle d'inoffisiosité des frères et des sœurs « fait casser le testament pour le tout, parceque nous n'avons point de Légitime réglée pour les frères, et qu'ayant reçu cette action du droit romain, il semble qu'il est assez juste de nous conformer entièrement à sa disposition, qui infirme le testament pour le tout, au cas qu'un frère ait institué une personne infâme ». — Cette raison n'est pas plus solide que celle de Sallé ; — 1° Il est faux que les frères n'aient point un droit de Légitime : ce droit, à la vérité, n'est pas aussi général pour eux que pour les enfans et les ascendans ; mais il n'en est pas moins réel dans le cas où il y a lieu en leur faveur à la querelle d'inofficiosité ; et ce cas est, comme on vient de le voir, lorsque le défunt a institué une personne infâme : ce qui est si vrai, qu'une pareille institution aurait tout son effet, s'il leur avait été laissé quelque chose par leur frère ; car alors ils ne pourraient pas intenter la querelle d'inofficiosité, mais seulement demander un supplément de Légitime. La loi 30, C. *de inofficioso testamento*, ne laisse là-dessus aucun doute. *Omnimodò testatorum voluntatibus prospicientes, magnam et innumerabilem occasionem subvertendæ eorum dispositionis amputare censemus ; et in certis casibus in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, vel alio modo subvertendis, moveri solebat actio, certâ et statutâ lege tàm mortuis consulere quàm liberis eorum,* VEL ALIIS PERSONIS *quibus eadem actio competere poterat, ut sive adjiciatur in testamento de adimplendâ legitimâ portione, sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat verò his personis quæ testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minùs portione legitimâ sibi relictum est, adimplendam eam sine ullo gravamine vel morâ exigere.* — 2° Si, parceque nous avons adopté dans notre jurisprudence la disposition de la loi *fratres*, il fallait, comme le prétend Lebrun, nous y conformer entièrement, nous devrions, par la même raison, attribuer à la querelle d'inoffisiosité des enfans et des ascendans, la vertu d'annuler l'institution par le tout. Or, il est constant que cette action n'aboutit pour ceux-ci qu'à une demande de Légitime : si donc nous en avons restreint l'effet à leur égard, pourquoi ne pourrait-on pas également le restreindre par rapport aux frères ?

Mais, continue Lebrun, « la note d'infamie doit exclure ici l'institué de tout ce que le testateur lui a voulu laisser, l'incapacité que la loi prononce contre lui, quoique respective à l'égard des frères, ne lui faisant pas moins d'obstacle pour une partie de l'institution que pour l'autre. » — Il n'y a pas encore un mot de vrai dans tout cela. D'abord, la loi ne prononce point d'incapacité contre les personnes infâmes, pas même respectivement aux frères du testateur ; elle permet bien à ceux-ci de se plaindre de l'injure que leur a faite le testateur par une préférence aussi odieuse ; mais cette permission ne suppose aucune espèce d'incapacité, à moins qu'on ne veuille ainsi appeler le défaut de pouvoir être préféré aux frères ; ce qui ne peut se dire que par une extension abusive du sens des termes reçus dans le langage des lois. D'ailleurs, point de dispute de mots ; arrêtons-nous aux choses : supposons les personnes infâmes vraiment incapables par rapport aux frères ; au moins leur incapacité, quoi qu'en dise Lebrun, ne leur fera pas le même obstacle pour une partie de l'institution que pour l'autre, puisque, quand le défunt a laissé quelque chose à ses frères, les lois romaines n'en font résulter qu'une demande en supplément de Légitime, et confirment le testament pour le surplus.

Quelle est donc la raison précise de l'usage introduit parmi nous de donner à la querelle d'inofficiosité des frères et des sœurs, l'effet d'annuller l'institution pour le tout ? On la trouve dans Lebrun lui-même confondue avec celles que nous venons de réfuter : « C'est, dit-il, parceque nous avons même des exemples dans notre droit où la querelle fait infirmer tout le testament, comme lorsqu'un père a déshérité son fils injustement, *malignè contra sanguinem suum inferens judicium* ». — Dans la thèse générale, il est vrai, la querelle d'inofficiosité n'est considérée parmi nous que comme une simple demande de Légitime ; mais, comme on le verra ci-après, sect. 4, toutes les fois que le testateur paraît avoir été animé par des sentiments injustes, soit à exhéréder, soit à passer sous silence ceux à qui il doit une Légitime, la querelle d'inofficiosité reprend son ancienne nature, et l'on casse toute la disposition. — Le cas de la loi *fratres* rentre naturellement dans cette exception : on ne doit donc rien laisser aux personnes infâmes qui ont été instituées à l'exclusion totale des frères et des sœurs.

C'est même ce qui résulte assez clairement de l'art. 277 de la coutume d'Orléans : ce texte, parlant des donations inofficieuses, dit que les enfans du donateur les *peuvent quereller et faire réduire à la Légitime*, et que les frères *les peuvent aussi quereller selon la disposition de droit*. Cette différence dans les expressions en annonce certainement une dans les effets. Les enfans peuvent simplement *quereller*, et la fin de leur action est de *faire réduire* les donations *à la Légitime* : la coutume suppose, comme on le voit, que le donateur n'a point disposé par colère, par haine, ou par tout autre motif également injuste. Les frères, au contraire, peuvent *quereller selon la disposition de droit*, c'est-à-dire, faire annuller la donation pour

Source : BIU Cujas

le tout, parcequ'étant faite à une personne infâme, et les exhuant entièrement, elle ne peut partir que d'un esprit aveuglé ou esclave d'une passion violente.

La loi 3, D. *si à parente quis manumissus fuerit*, vient à l'appui de ces raisons : l'espèce en est remarquable. — Dans l'ancien droit romain, le père qui avait émancipé son fils, et que celui-ci avait passé sous silence dans son testament, avait, pour venir à la succession *ab intestat*, le choix de la querelle d'inofficiosité, comme père, ou de la possession des biens *contra tabulas*, comme patron. *Patrem autem acceptâ contra tabulas bonorum possessione, et jus antiquum quod sine manumissione habebat, posse sibi defendere Julianus scripsit : nec enim ei nocere debet quòd jura patronatûs habebat, cùm sit et pater.* (Loi 1, §. 9, D. *si à parente quis manumissus fuerit.*) La première action tendait à faire casser le testament pour le tout; la seconde n'était, à proprement parler, qu'une demande de Légitime. Cependant si, lorsqu'il optait celle-ci, l'héritier institué était une personne infâme, il en tirait le même avantage que lui aurait procuré la querelle d'inofficiosité. C'est la décision expresse de la loi citée. En voici les paroles : « Paconius dit que si un enfant émancipé par son père, institue des personnes infâmes, telle qu'une femme publique, le père doit obtenir tous les biens, en vertu de la possession *contra tabulas;* mais que si l'héritier institué n'est pas infâme, on ne doit lui adjuger que sa Légitime. *Paconius ait : si turpes personas, veluti meretricem, à parente emancipatus et manumissus heredes fecisset, totorum bonorum contra tabulas possessio parenti datur; aut constitutæ partis, si non turpis heres esset institutus* ». — On voit dans ce texte une action qui ne tend régulièrement qu'à une demande de Légitime, emporter la nullité de tout le testament, parceque l'institution est faite au profit d'une personne notée de quelque tache : on ne peut sans doute rien concevoir de plus analogue à la plainte d'inofficiosité des frères et des sœurs.

XIV. Il faut appliquer ici l'observation par laquelle nous avons terminé le paragraphe précédent, c'est-à-dire que les frères et les sœurs n'ont droit de Légitime, dans le concours des circonstances que nous venons d'exposer, que quand ils ont d'ailleurs toutes les qualités requises pour pouvoir succéder *ab intestat*. Cette vérité se fait sentir d'elle-même, et nous en avons donné au commencement de cette section une preuve qui nous dispense ici de toute espèce de détail à cet égard.

§. IV. *Des patrons considérés par rapport au droit de demander une Légitime.*

Les Romains regardaient un patron comme un père : et en effet il méritait bien ce titre; car c'est donner une nouvelle vie à un homme, que de le tirer de la servitude. Il n'est donc pas étonnant qu'on trouve dans le Code et dans le Digeste tant de décisions et de lois qui accordent aux patrons une Légitime sur les biens de leurs affranchis.

Nous ne nous arrêterons pas à faire l'analyse de ces textes, ils ne peuvent être pour nous d'aucun usage : on peut en voir l'esprit et la substance réunis dans les Institutes, au titre *de successione libertorum*.

Le droit de meilleur cattel dont jouissent tant de seigneurs du Hainaut et de la Flandre flamande, peut être considéré comme une espèce de Légitime de patron. *V. Meilleur Cattel.*

§. V. *Du droit d'un créancier de demander la Légitime due à son débiteur.*

On a vu à l'article *Héritier*, sect. 2, §. 2, n. 2, que la jurisprudence française, plus favorable aux créanciers que ne l'étaient les lois romaines, leur permet de se porter héritiers à la place de leurs débiteurs, et ne souffre pas que ceux-ci renoncent frauduleusement aux successions que la loi ou la volonté de l'homme leur déférent. Parmi les arrêts sur lesquels nous avons établi la preuve de cette jurisprudence, il s'en trouve deux des 12 juillet 1587 et 28 mars 1589, qui ont admis des créanciers à la demande de la Légitime de leur débiteur, nonobstant la renonciation qu'il y avait faite. La même chose a été jugée par deux autres arrêts du parlement de Provence, des 27 janvier 1627 et 29 mai 1652 : Duperrier, qui les rapporte, nous apprend qu'il s'agissait dans l'un et dans l'autre de la Légitime d'un père sur les biens de son fils.

Le parlement de Flandre est peut-être la seule cour du royaume qui ne se soit pas écartée sur cette matière de la disposition du droit romain. Il juge encore, comme nous l'avons dit au même article, que la renonciation d'un débiteur à une succession ouverte, éteint tous les droits que ses créanciers voudraient exercer sur les biens qui la composent; et c'est sur ce fondement qu'il a rendu, le 21 mars 1709, un arrêt qui trouve naturellement ici sa place. Par cet arrêt, dit des Jaunaux qui en détaille fort au long l'espèce et les circonstances, il a été jugé, que « père et mère, quoique chargés de fidéicommis au profit de leurs enfans, peuvent faire partage entre eux, et même donner à l'un toute sa part en héritages, et à l'autre toute la sienne en argent, même sans devoirs de loi, pour le regard des héritages de Tournai et du Tournésis, sans que les créanciers desdits enfans puissent l'empêcher ».

Il y a dans la jurisprudence française plusieurs questions intéressantes sur le cas où la Légitime d'un débiteur est substituée : on les trouvera discutées ci-après, sect. 7, §. 3.

SECTION VI. *Dans quels cas y a-t-il ouverture à la demande de la Légitime?*

I. On ne peut régulièrement demander une Légitime, que quand le défunt a fait des donations

Source : BIU Cujas

entre-vifs ou testamentaires, qui, par leur excès, diminuent ou anéantissent la portion à laquelle on avait un droit légal.

Nous disons *régulièrement*, parcequ'on a vu au commencement du §. 2 de la section précédente, un cas où, par une faveur extraordinaire, on admet cette demande, contre les dispositions même de la loi. Mais cette exception, introduite par des arrêts, doit être renfermée dans ses termes précis; et la proposition que nous venons d'établir, n'en est pas moins constante.

II. De là il suit, que quand même on aurait plus d'avantage à prendre la qualité de légitimaire que celle d'héritier, on ne pourrait cependant pas le faire, si le défunt n'avait pas disposé. Cette hypothèse n'est pas purement idéale : Voici une espèce où elle peut se présenter. — Un homme meurt en pays de droit écrit, laissant pour héritiers présomptifs sa mère et trois frères germains : s'il avait disposé, la mère pourrait demander sa Légitime, et elle prendrait à ce titre le tiers de tous les biens, comme on le verra ci-après, sect. 8, §. 1 : mais il est décédé *intestat;* et par ce moyen, les frères concourant avec la mère, celle-ci se trouve réduite à un quart. Là-dessus, on demande si elle peut répudier la succession et se tenir à un droit de Légitime. — La négative ne souffre aucune difficulté : la Légitime est un remède extraordinaire; et par cette raison, elle ne doit point avoir lieu, lorsqu'est ouverte la voie ordinaire de la succession *ab intestat.* C'est précisément ce qui a été jugé au parlement de Toulouse, par un arrêt du mois de juin 1578, qui est rapporté dans le Recueil de Maynard : « La cour (dit ce magistat), à notre rapport, adjugea à la mère la quatrième partie *ab intestat* seulement ès biens de son feu fils, et aux autres trois frères et sœurs à chacun une quatrième, les relaxant de la demande de Légitime faite par leur mère ».

Par la même raison, il est évident qu'on ne serait pas recevable à renoncer à la succession pour prendre la qualité de légitimaire, dans le cas où, en vertu des dispositions du défunt, l'on aurait toute sa portion *ab intestat.* La Peyrère rapporte un arrêt du parlement de Bordeaux du mois d'août 1660, qui l'a ainsi jugé.

III. S'il y a quelques circonstances où la Légitime est plus avantageuse que la portion héréditaire, il en est au contraire une infinité d'autres où la portion héréditaire vaut beaucoup mieux que la Légitime; ainsi, il importe de savoir si, lorsque le défunt a disposé au préjudice d'un fils, d'un père, ou d'un frère, dans les cas où ceux-ci ont droit de Légitime, c'est à l'exercice de ce droit que l'on doit se borner, ou si l'on peut prétendre toute la portion héréditaire.

Pour décider cette question dans tous ses points, il faut distinguer si les dispositions dont il s'agit, sont consignées dans un acte entre-vifs ou dans un testament.

Les donations entre-vifs, dont le seul défaut est de préjudicier par leur excès à la part légale d'une personne qui a droit de Légitime, ne peuvent être révoquées de ce chef que jusqu'à concurrence d'une portion légitimaire; et elles doivent subsister pour le surplus, *sans qu'il soit besoin*, dit Lebrun, *de distinguer entre les donations faites aux enfans ou aux étrangers, ni entre celles qui sont frauduleuses* re tantùm, *et celles qui le sont* re et consilio, *comme avaient fait Julius Clarus et Barthole.*

A l'égard des dispositions testamentaires, il faut, suivant le dernier état de la jurisprudence romaine, sous-distinguer entre le cas où celui qui a droit à une Légitime, est institué dans cette portion; et le cas où s'il ne l'est point.

Dans le premier cas, il ne peut que demander la Légitime qui lui a été laissée, ou, si elle n'est pas complète, se pourvoir en supplément.

Dans le second cas, il peut intenter la querelle d'inofficiosité, s'il est exhérédé injustement, ou l'action de prétérition, s'il est passé sous silence; et l'effet de l'une comme de l'autre étant d'annuller l'institution d'héritier, il prendra sa portion héréditaire, comme si le défunt était décédé sans faire de testament; mais les legs et les fidéicommis particuliers ne laisseront pas de subsister, et il en paiera sa quote-part.

Cette distinction est encore observée religieusement dans les pays de droit écrit; mais le droit coutumier l'a rejetée, et l'action résultante soit d'une exhérédation injuste, soit d'une prétérition absolue, n'aboutit parmi nous qu'à procurer une Légitime à celui qui l'intente. Dans la foule des arrêts qui l'ont ainsi jugé, on peut en remarquer un du 13 juin 1663, rapporté au Journal des audiences, et un autre du 12 mars 1764, rendu au sujet du testament du sieur de La Pouplinière. Nous avons indiqué dans le §. 3 de la section précédente, la raison de ce changement de jurisprudence.

Il y a cependant, comme nous l'avons observé au même endroit, certains cas où la querelle d'inofficiosité produit, même parmi nous, des effets aussi étendus qu'en pays de droit écrit. C'est ce qui arrive principalement lorsque le testateur a disposé par un mouvement de colère ou de haine, plutôt que par une volonté sincère de gratifier celui qu'il a institué. *V.* à l'article *ab irato*, divers arrêts des 11 mars 1704, 9 mai 1712, 24 janvier 1725, 11 février 1746, etc., qui ont cassé en pareil cas toutes les dispositions. C'est pareillement, dit Lebrun, « l'espèce d'un arrêt de la grand'chambre du 15 juin 1617, qui infirma pour le tout le testament d'une mère qui, ayant une fille et des petits-fils, et étant prévenue contre eux d'une juste aversion, avait légué tout son bien à l'église ».

On trouve aussi dans le Journal du palais, un arrêt du 31 mai 1680, qui, sans avoir égard au testament par lequel un père grevait un de ses enfans d'une substitution universelle, même dans sa Légitime, *ordonne que le grevé viendra à partage avec ses frères et sœurs de tous les biens, sans aucune charge de substitution.* Les frères et

Source : BIU Cujas

les sœurs objectaient cependant qu'ils devaient être quittes en donnant une Légitime pleine et entière ; mais, dit le rédacteur du Recueil cité, « on rapportait plusieurs pièces, qui justifiaient qu'ils s'étaient emparés de l'esprit du défunt; qu'ils lui avaient inspiré la haine et l'aversion de leur frère ; qu'en un mot, ils avaient eux-mêmes dressé le testament, et que leur père n'y avait apporté que sa présence et sa signature ; et la preuve la plus sensible de cette suggestion était que l'acte dont il s'agissait, était tout entier en leur faveur, et n'avait pour principal objet que leur utilité et leur avantage particulier ».

On tient encore pour constant que la réduction d'un enfant à sa Légitime est nulle, lorsqu'elle est motivée par une cause fausse ou injuste. C'est ce qui a été jugé par deux arrêts du conseil souverain de Brabant et du parlement de Flandre, rapporté, l'un par M. le président de Winantz, et l'autre par M. l'avocat général Waymel du Parc.

Dans l'espèce du premier, une fille âgée de trente-deux ans avait fait ses sommations respectueuses à sa mère pour lui faire donner son consentement ou ses motifs d'opposition au mariage qu'elle avait envie de contracter; et sur le refus de la mère de s'expliquer, elle avait obtenu un jugement par défaut qui l'autorisait à se marier sans courir le risque de l'exhérédation, conformément au placard du 29 novembre 1623. Quelque temps après, la mère avait fait son testament, et attendu que sa fille s'était mariée *par désobéissance, à son insçu, et malgré son opposition*, elle avait déclaré la réduire à une portion légitimaire. La fille s'est pourvue contre cette disposition, comme fondée sur un faux motif : elle disait qu'elle n'avait point désobéi à sa mère, puisqu'elle n'avait fait que profiter d'une faculté que lui accordait la loi; qu'elle ne lui avait pas non plus caché son mariage, puisqu'elle l'avait sommée judiciairement d'y consentir; qu'enfin sa mère avait gardé le silence sur ses sommations respectueuses, et que par conséquent on ne pouvait pas dire qu'elle se fût opposée au mariage dont il s'agissait. Par arrêt du mois de novembre 1711, le conseil souverain de Brabant a déclaré le testament nul quant à la réduction de la fille à une portion légitimaire, et a ordonné qu'elle viendrait à partage avec ses frères et ses sœurs.

Dans la seconde espèce, la veuve Lasserée était débitrice envers le sieur Grebert, son gendre, de trois lettres de change, dont le montant formait une somme de vingt-cinq mille livres. Elle a fait son testament le 9 décembre 1720; et par cet acte elle a déclaré que sa dette envers le sieur Grebert était supposée ; qu'en conséquence il serait tenu de remettre ces lettres à ses héritiers; qu'autrement, elle le privait de la tutelle de ses enfans, et qu'elle réduisait ceux-ci à leur Légitime. Le sieur Grebert a demandé la nullité de ces dispositions; et la cause portée au parlement de Flandre, M. Waymel du Parc a dit : « Les enfans du sieur Grebert ne peuvent être réduits à leur Légitime, supposé que leur père ne veuille pas remettre aux autres héritiers les lettres de change mentionnées dans le testament de leur aïeule, à moins que les héritiers ne puissent prouver qu'il est tenu, selon droit et justice, de les remettre, parceque, si c'est une chose injuste que la testatrice prétend en ce point, il ne peut être raisonnable que ses petits-enfans soient réduits, sous ce prétexte, à leur Légitime.... Il est vrai qu'elle pouvait, sans alléguer aucune cause, ne leur laisser autre chose dans sa succession que leur Légitime; mais dès-là qu'elle allègue une cause, il faut que cette cause soit juste, pour que sa disposition puisse subsister..., d'autant plus qu'il n'est pas au pouvoir des enfans du sieur Grebert, d'obliger leur père à rendre les lettres, et que, s'il peut y être obligé, c'est une action qui reste ouverte aux héritiers de la maison mortuaire pour l'y contraindre en justice ». — Ces raisons ont produit l'effet qu'on devait en attendre. Par arrêt du 4 février 1721, « la cour trouvant la cause sur les demandes dudit Grebert suffisamment contestée, et y faisant droit, a déclaré et déclare les clauses de nomination de tuteur des personnes desdits Castelain et le Pot, et celles concernant la réduction des enfans dudit Grebert à leur Légitime, contenues audit testament, nulles et de nul effet ».

Section V. *Comment ceux qui ont droit de Légitime, peuvent-ils en être exclus ?*

Les causes pour lesquelles les personnes qui ont droit de Légitime, peuvent en être exclues, sont l'exhérédation, l'indignité, la renonciation, la substitution pupillaire, le défaut d'inventaire et la prescription.

§. I. *De l'exhérédation.*

Il est certain que l'exhérédation, lorsqu'elle est fondée sur l'une des causes autorisées par les lois, exclut celui qui l'a encourue, de tout droit de Légitime; mais cette exclusion ne s'étend pas toujours à la personne de ses enfans. *V. Exhérédation.*

Quant à l'espèce d'exhérédation qu'on appelle *officieuse*, il en sera parlé ci-après, sect. 7, §. 1 et 3.

§. II. *De l'indignité.*

Nous avons établi au commencement de la sect. 3, que l'incapacité de succéder emporte celle de réclamer une Légitime ; voyons si l'on peut attribuer le même effet à l'indignité.

On connaît les différences qui existent dans le droit romain entre un incapable et un indigne; elles sont toutes renfermées dans celle-ci : un incapable ne peut pas succéder; l'indigne au contraire succède, mais il ne peut pas conserver la succession dont il est saisi. — Ainsi, notre ques-

Source : BIU Cujas

tion se réduit à savoir si la privation dont on punit l'indigne, s'étend jusqu'à la portion légitimaire.

Pérégrini soutient l'affirmative, sur le fondement que la Légitime est une partie de ce qu'on aurait *ab intestat*, et que par conséquent on doit être privé de la Légitime toutes les fois qu'on l'est de la succession. — Cet avis est même autorisé par deux textes du droit romain. La loi 21, D. *de his quæ ut indignis auferuntur*, décide qu'on doit adjuger au fisc la Légitime du patron qui a négligé de venger la mort de son affranchi : *portionesque eorum fisco vindicantur, qui mortem libertorum suspectò decedentium non defenderunt.* La loi 26, D. *de lege Cornelià de falsis*, ôte au fils qui a supprimé le testament de son père, toute l'hérédité à laquelle il était appelé, *justissimè tota hereditas paterna heredi ejus eripitur.* Les mots *tota hereditas*, paraissent trop généraux pour ne pas comprendre la Légitime, qui fait partie des biens de l'hérédité. — Il y a d'ailleurs dans le recueil de Rocheflavin, un arrêt du parlement de Toulouse du 7 août 1584, qui a privé une mère remariée dans l'an du deuil, de sa Légitime dans les biens de son fils décédé avant elle, parceque, suivant la jurisprudence de cette cour, elle était indigne de lui succéder. — C'est ce qui a encore été jugé contre un père par arrêt du même parlement du 3 avril 1628, rapporté dans les *Questions notables* de d'Olive : on voit par les raisons qu'en donne ce magistrat, que les juges se sont uniquement fondés sur le principe qu'on ne peut pas être légitimaire, lorsqu'on est incapable d'être héritier. « Si nous trouvons (dit d'Olive), deux ou trois cas dans le droit nouveau où cette règle n'est pas observée, c'est parcequ'il y a constitution expresse, qui, par un pouvoir absolu, a dérogé au droit commun en ces hypothèses ». — C'est aussi sur ce fondement qu'un arrêt du parlement de Bordeaux du 13 août 1583, rapporté par Papon, a jugé que *le droit de Légitime obvenu à la mère de la succession de ses enfans du premier lit, était sujet à réversion, par son convol à de secondes nôces, et devait être parti également entre les enfans dudit lit.*

« Nonobstant ces raisons et ces autorités (c'est Furgole qui parle), je pense que cette question doit être résolue par cette distinction : ou l'indignité procède d'une des causes d'ingratitude pour lesquelles le légitimaire peut être exhérédé, du nombre de celles qui sont exprimées dans la novelle 115, ou elle procède d'une toute autre source. Au premier cas, le légitimaire doit être privé de l'hérédité et de la Légitime ; mais au second cas, il peut retenir la Légitime ; il transmet même à ses héritiers le droit de la retenir et de la déduire sur l'hérédité qui leur est ôtée. — Les raisons de cette distinction sont parceque l'héritier qui a droit de prendre la Légitime, tombant dans quelqu'un des cas auxquels il peut être exhérédé comme ingrat, et devant être privé de la Légitime, tout comme du reste de l'hérédité, suivant la disposition de la novelle 115, on ne peut pas lui conserver la Légitime, sans contrevenir à l'esprit de cette novelle ; mais si l'indignité procède d'une autre cause, elle ne doit pas comprendre la Légitime, parcequ'il n'y a que les cas marqués dans cette novelle, qui puissent faire perdre la Légitime à ceux auxquels la loi l'attribue ; et tous les autres cas sont nommément exclus par la disposition expresse de cette novelle, chap. 3 ; car après que l'empereur a dit que les différentes causes d'ingratitude pour lesquelles on pouvait faire perdre sa Légitime, étaient dispersées dans les lois anciennes, et qu'elles n'étaient pas même assez clairement expliquées, il fait le choix de celles qui lui ont paru justes ; il y ajoute celles qui avaient été omises dans les lois précédentes, et qui méritaient d'être placées au rang des autres, et défend expressément d'avoir égard à celles qui ne seront pas exprimées dans la nouvelle loi : *Ideò necessarium esse perspeximus eas nominatim præsenti lege comprehendere, ut præter ipsas nulli liceat ex aliâ lege ingratitudinis causam opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur.* Il n'est donc pas possible d'étendre à quelque autre cas la privation de la Légitime, nonobstant l'opinion de quelques interprètes qui ont pensé que l'exhérédation pouvait être faite pour d'autres causes, quand elles sont aussi graves que celles qui sont exprimées dans la novelle ; car cette opinion est insoutenable et téméraire, parcequelle est visiblement contraire à la défense de la loi, à laquelle les interprètes n'ont pas fait assez d'attention ».

Il faut convenir qu'il y a dans cette opinion une apparence de solidité qui séduit et entraîne à la première vue : on peut même l'appuyer du chap. 1 de la novelle 1, lequel, en privant de la succession l'héritier institué qui refuse d'accomplir la volonté du défunt dans l'année de sa mort, lui réserve expressément la Légitime, lorsqu'il est du nombre de ceux à qui cette portion est due. — On trouve aussi dans le Recueil de Basset, tom. 1, liv. 5, tit. 1, chap. 3, un arrêt du parlement de Grenoble, du 19 décembre 1640, qui a conservé la Légitime à un fils déclaré indigne de la succession paternelle, pour avoir brûlé le testament de son père, afin d'anéantir une substitution dont il était chargé par cet acte. — Le Code de Favre nous fournit un arrêt semblable, rendu au sénat de Chambéry en 1588, dans l'espèce d'une mère qui s'était rendue indigne de la succession de son fils mineur, en passant à de secondes nôces, sans au préalable lui avoir fait nommer un tuteur.

Les objections que l'on oppose ne sont pas sans réponse. — D'abord, on ne peut pas argumenter de l'incapacité à l'indignité : il est vrai que l'incapable n'a point de Légitime à prétendre, mais c'est parcequ'on ne peut feindre aucun instant où la succession repose sur sa tête. Il en est tout autrement de l'indigne ; il succède réellement, et ce n'est qu'après coup qu'on le prive de l'hérédité : il n'y a donc point d'inconséquence à lui permettre de retenir une Légitime ; car il est plus facile de con-

Source : BIU Cujas

server une partie d'un tout qu'on perd, que d'acquérir une partie d'un tout qu'on n'a jamais eu.

Quant aux lois 21, D. *de his quæ ut indignis auferuntur*, et 26 D. *de lege Cornelia de falsis*, Furgole répond, « qu'elles ne font rien contre sa distinction, par deux raisons : la première, parcequ'il y a une grande différence à faire entre la Légitime due au patron, qui procède du bénéfice de la loi, et celle qui est due aux descendans ou aux ascendans, même aux collatéraux en certains cas, parcequ'elle leur appartient de droit naturel, suivant la novelle 1, §. 2 de la préface ; la seconde, parceque la novelle 115, chap. 3, corrige et abroge expressément toutes les autres lois qui avaient introduit ou établi des causes d'ingratitude, pour faire perdre la Légitime, autres que celles qui sont exprimées dans cette novelle. Voilà pourquoi la loi 26, D. *de lege Cornelia de falsis*, subsiste bien pour ce qui regarde l'indignité et la privation de l'hérédité, mais non pour la privation de la Légitime, parceque la suppression du testament du père n'est pas comprise dans la novelle 115, au nombre des causes qui doivent faire perdre la Légitime ».

Tout cela est très spécieux : cependant la distinction de Furgole n'est pas soutenable, et il faut dire généralement, ou que l'indignité exclut de la Légitime, de quelque cause qu'elle provienne, ou qu'elle ne forme jamais d'obstacle à l'exercice de ce droit. En effet, il n'y a aucun rapport entre les causes d'indignité déterminées par les lois antérieures à la novelle 115, et les causes d'ingratitude que cette novelle a fixées : l'indignité produit son effet seule et sans le concours de la volonté de l'homme ; l'ingratitude au contraire n'opère rien d'elle-même, et elle n'emporte aucune privation, à moins que le testateur n'ait déclaré et motivé sa volonté à ce sujet. C'est ce que porte expressément le chap. 3 de la novelle 115 : *nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.* Ainsi, il faudrait dire, en admettant le parallèle qu'établit Furgole entre les causes d'indignité et celles d'ingratitude, qu'il n'y en a aucune des premières qui puisse exclure de la Legitime, si elle n'est exprimée dans le testament du défunt; ce qui ne s'accorderait pas même avec le système de cet auteur.

On ne peut donc prendre sur ce point qu'un parti général ; et pour peu qu'on fasse attention aux principes de la matière, on ne manquera pas de donner la préférence à l'opinion de Pérégrini, et aux trois arrêts des parlemens de Toulouse et de Bordeaux qui l'ont consacrée. — Nous l'avons déjà dit, la Légitime n'a été introduite que comme un remède contre les libéralités excessives et inofficieuses des testateurs ; et on ne peut régulièrement la demander que quand on se trouve privé pas ces dispositions, de la part à laquelle on était appelé par la loi. Il y a, à la verité, quelques exceptions à ce principe, mais elles sont établies par des lois expresses, et elles ne peuvent être étendues hors de leurs cas précis. Qu'une mère, dans la coutume de Toulouse, puisse détacher une Légitime de la succession *ab intestat* de ses enfans ; qu'un puîné, dans la coutume de Paris, soit recevable à demander une Légitime sur le préciput de l'aîné, lorsqu'il ne se trouve pas d'autres biens dans l'hérédité ; que les enfans d'un condamné à mort soient admis par les lois romaines à distraire une certaine portion du patrimoine de leur père adjugé au fisc ; ces trois exceptions, dont la première est établie ci-dessus, et les deux autres le seront ci-après, n'ont rien que de naturel, de favorable, de conforme à l'équité. Mais qu'on les étende, sans l'autorité expresse du législateur, à celui qui s'est rendu volontairement indigne de succéder à son père, à son fils, à son frère, c'est ce que la raison désavoue, et qu'on ne saurait tolérer sans blesser ouvertement tous les principes de justice.

D'ailleurs Furgole convient que l'incapacité de succéder exclut de la Légitime celui qui en est frappé. Or, nous n'avons pas admis dans notre jurisprudence la distinction que font les lois romaines entre l'indigne et l'incapable ; nous tenons au contraire pour constant qu'il n'y a entre l'un et l'autre aucune différence. C'est ce que prouve cette note du président Espiard sur Lebrun : « Nous ne distinguons plus en France, même dans les pays de droit écrit, les indignes des incapables : le seul intérêt du fisc avait établi cette différence ».

Trois arrêts solennels viennent à l'appui de cette assertion. Par le premier, rapporté sans date dans le Recueil de Catellan, « il fut jugé, dit ce magistrat, que l'on confond aujourd'hui les indignes et les incapables, et qu'on ne fait plus une différence que le seul intérêt du fisc, qui ne subsiste plus, avait établie ».

La fameuse marquise de Brinvilliers avait empoisonné son père et ses frères ; elle avait recueilli leurs successions, et en avait joui jusqu'au moment de sa mort ; mais l'arrêt de sa condamnation, qui est du 6 juillet 1676, l'en a déclarée déchue du jour de ses crimes.

Leroi de Valines avait empoisonné son père, sa mère et son oncle : plusieurs arrêts avaient adjugé des réparations pécuniaires aux parens de ce dernier, et ils prétendaient les prendre sur la succession du père : la demoiselle de Chartrouville, tante du coupable, s'y opposait, comme étant devenue la seule héritière de son frère au moment du crime. Chez les Romains, disait-elle, on feignait que l'indigne avait succédé, parceque ce prétexte était nécessaire pour adjuger la succession au fisc ; parmi nous, c'est toujours le plus proche parent après l'indigne, qui succède ; nous ne devons donc pas distinguer l'indignité de l'incapacité. Ces raisons ont prévalu. Par arrêt du 12 février 1766, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général de Barentin, le parlement de Paris a déclaré que Leroi de Valines avait été indigne des successions de son père et de sa mère, du jour de leur mort, et qu'elles avaient

Source : BIU Cujas

passé immédiatement sur la tête des collatéraux les plus proches [[*V. Indignité*, n. 2.]]

§. III. *De la renonciation.*

Dans nos usages, la renonciation peut être légale ou contractuelle; et lorsqu'elle est contractuelle, elle peut être expresse ou tacite. Voyons si dans ces différentes hypothèses, elle est exclusive de la Légitime.

Art. I. *De la renonciation légale.*

Nous appelons *renonciation légale*, celle qui s'opère dans la personne des filles par leur mariage; on la qualifie plus communément d'*exclusion coutumière*.

Les coutumes qui ont admis cette renonciation, s'accordent presque toutes à décider que l'exclusion qui en résulte par rapport à l'hérédité, s'étend jusqu'à la Légitime.

Celle de Normandie porte, art. 250, que « le père et la mère peuvent marier leur fille de meuble sans héritage, ou d'héritage sans meuble; et si rien ne lui fut promis lors de son mariage, rien n'aura ». L'art. 253 ajoute : « Fille mariée ne peut rien demander à l'héritage de ses antécesseurs, fors ce que les hoirs mâles lui donnèrent et octroyèrent à son mariage ».

La coutume d'Auvergne dit, chap. 12, art. 35, que *la fille forclose des successions de ses père, mère, aïeul ou autre ascendant*, par l'établissement qu'ils lui ont procuré en la mariant, *ne peut demander Légitime ne supplément d'icelle.*

L'art. 236 de la coutume de la Marche, et l'art. 345 de celle de Bourbonnais, contiennent absolument la même disposition et dans les mêmes termes.

Celle de Poitou, art. 220, s'exprime ainsi : « Quand père ou mère, aïeul ou aïeule, ou l'un d'eux, nobles ou de noble condition, marient leur fille ou nièce en droite ligne, et en faveur dudit mariage, lui donnent de leurs biens quelque chose que ce soit, *encore qu'elle ne valût sa légitime portion*, ladite fille ou nièce est exclue de ladite succession: c'est à savoir de celle de celui qui ainsi l'a mariée et dotée de ses biens ».

Les coutumes de Touraine, art. 284, d'Anjou, art. 241, du Maine, art. 258, et du Lodunois, chap. 27, art. 26, décident clairement la même chose, en disant que la fille mariée et dotée est exclue de la succession de celui qui a constitué sa dot, *ne lui eût-on donné qu'un chapel de roses.*

Celle de Toulouse porte, part. 3, tit. 1, art. 5 : *Si aliquis pater maritaverit, vel dotaverit filiam vel filias suas. . . . . , illa filia seu filiæ maritatæ ab ipso patre et dotatæ, non possunt, ipso patre mortuo, de bonis dicti patris aliquid petere.*

Les constitutions sardes, liv. 5, tit. 7, art. 1, excluent pareillement les filles dotées, non seulement de la succession *ab intestat* de leurs ascendans, mais *aussi de la Légitime et supplément d'icelle.*

Mais la coutume de Nivernais en dispose tout autrement. Voici comment elle s'xplique, ch. 23, art. 24 : « Fille mariée et apanée ou dotée par père et mère vivans, ou l'un d'eux, avec le consentement précédent ou subséquent de l'autre, ne peut retourner à la succession desdits père et mère, ni de l'un d'eux, tant qu'il y aura hoir mâle, ou hoir descendant de mâle, soit mâle ou femelle, s'il n'y a convenance au contraire par le contrat de mariage: et ne peut ladite fille impugner ladite donation et apanage par quelque manière que ce soit, *sauf par supplément de sa Légitime, eu égard à sadite dot et apanage, et aux biens de sesdits père et mère délaissés par leurs décès* ».

Quelque bizarre que soit la contrariété de cette disposition à celle des autres coutumes, il ne peut en résulter aucune difficulté dans le territoire de chacune d'elles. Mais quel parti doit-on prendre dans les coutumes muettes, telles que celle de Bourgogne, qui exclut les filles dotées de la succession, sans parler expressément de la Légitime?

Bouvot rapporte un arrêt rendu au parlement de Dijon, le 7 décembre 1574, qui a étendu à cette coutume la disposition de celle de Nivernais; et il paraît, par un arrêt du 25 juin 1567, rapporté par Larocheflavin, que le parlement de Toulouse s'y est aussi conformé.

On ne peut néanmoins disconvenir que l'opinion contraire ne soit plus exacte : c'est un principe constant et démontré ci-dessus, sect. 3, que l'exclusion légale du droit de succéder forme régulièrement obstacle à la demande d'une Légitime: pour faire cesser ce principe dans notre espèce, il faudrait une loi particulière qui y dérogeât : or, nous supposons les coutumes muettes sur la question; c'est donc par les maximes générales qu'elle doit y être décidée.

Il suffit d'ailleurs de pénétrer le motif qui a déterminé ces coutumes à exclure les filles dotées, pour sentir que leur disposition ne porte pas moins sur la Légitime que sur la portion héréditaire. Ce motif est, que la piété paternelle est toujours présumée pourvoir suffisamment aux besoins des enfans, et que la fille est bien dédommagée de son exclusion par l'établissement que son père lui forme, par la communauté de biens qu'il lui donne occasion de contracter avec celui à qui elle unit son sort, et par le douaire dont il lui procure l'expectative certaine, en cas qu'elle survive à son mari. — C'est la raison que rend d'Argentrée des dispositions de sa coutume sur ce point : *Fœminæ ex matrimonio communionem bonorum mobilium et conquæstuum consequuntur, cum doario tertiæ partis bonorum mariti; et sic satisfactum est humanitati et officio paterno, si ista tanta filia à patris curâ esset consecuta.* — Basnage dit également : « La loi impose silence à la fille, parceque la loi présume que *pietas paterna*

Source : BIU Cujas

consilium capit pro liberis ; il suffit à la fille que son père l'ait pourvue par mariage ». — D'ailleurs, ajoute Guillaume de La Champagne, dans son *Traité de la Légitime*, « si les filles se marient sans biens, ou seulement avec un bien médiocre, le sort de toutes les filles d'une province étant égal, elles n'en sont pas moins bien pourvues ; car les hommes qui ont seuls tous les biens de leurs familles, étant tous riches, prennent les femmes pour leur vertu ».

Si, dans l'esprit de ces coutumes, le père a rempli, en mariant sa fille, tous les devoirs que lui imposait la nature, il est clair qu'il ne lui doit plus rien ; et qu'elle n'est pas moins exclue de la demande en supplément de Légitime, que du droit de succéder *ab intestat.*

Cela est d'ailleurs sans difficulté pour la coutume de Bretagne : il est vrai que l'art. 557 de cette loi porte simplement « que les filles mariées par père noble, ne pourront demander autre plus grand partage que celui que leur aura fait leur père, mariage faisant, encore qu'elles fussent mineures, et qu'elles n'eussent renoncé, pourvu qu'elles fussent dûment apanagées ». Mais le silence que paraît garder ce texte sur la demande en supplément de Légitime, est suppléé par l'art. 225 de l'ancienne coutume de la même province : voici comment il est conçu : « Et si, en mariant ses filles, il leur donnait moins de leur droit, elles n'en devraient plus avoir, pourvu qu'elles fussent suffisamment apanagées ». D'Argentrée explique ainsi les mots MOINS DE LEUR DROIT : *id est, minùs legitimâ portione, habito respectu ad numerum liberorum et bona quæ habet donator tempore mortis.*

Il faut cependant remarquer une différence que présentent entre elles les coutumes qui excluent les filles mariées. — Les unes, telles que Normandie et Auvergne (1), ne distinguent point le cas où la fille, en se mariant, n'a rien reçu, de celui où elle a été dotée convenablement ; dans l'un comme dans l'autre, elles la privent de tout droit successif. Les autres, telles que Bretagne et Bourbonnais, exigent formellement que la fille ait été dotée ou *suffisamment apanagée*, pour que l'exclusion ait lieu. C'est aussi la disposition implicite des quatre coutumes qui semblent obliger la fille à se contenter d'un chapeau de roses ; car il ne faut pas les entendre à la lettre ; témoins ces termes de la coutume de Lodunois, *suffisamment apanée, et qui a eu don de mariage*, et ceux-ci des coutumes d'Anjou et du Maine, *emparagée noblement.*

» L'esprit de ces coutumes est donc (suivant Guillaume de La Champagne) que jamais une fille ne puisse renoncer ni expressément, ni tacitement à la totalité de sa Légitime à échoir, mais seulement à son supplément, quand la dot ne l'égale pas ; et alors, pour juger de la validité de sa renonciation, il faut savoir s'il lui en manque peu ou beaucoup, pour la débouter au premier cas, la différence qui se trouve entre elle et ses frères étant alors trop peu considérable pour faire troubler des mariages contractés à la faveur d'avantages si modiques, qu'on ne peut raisonnablement les refuser au privilège de la masculinité. Mais au second cas, il y aurait de l'équité à lui accorder le supplément qu'elle demande, n'étant ni juste ni raisonnable de voir languir dans l'indigence et la détresse, des filles dont les frères seraient riches et opulens. Mais comme ce plus ou moins qui donne lieu à cette action en supplément de Légitime, dépend des circonstances du fait, il doit être laissé à l'arbitrage et à la prudence d'un juge sage et éclairé pour le règler ».

Cette doctrine peut être regardée comme le droit commun des coutumes d'exclusion : elle est adoptée de point en point par le président Favre, et ce magistrat la confirme par un arrêt du sénat de Chambéry du 23 novembre 1590.

Nous venons de voir que les coutumes de Normandie et d'Auvergne excluent de la Légitime la fille mariée sans dot, par la raison que le père et la mère sont censés avoir suffisamment pourvu à son établissement. De là naît la question de savoir si l'exclusion doit avoir lieu, lorsque la présomption qui en forme la base, ne peut pas raisonnablement être admise. Par exemple, une mère convole à un second mariage ; quelque temps après, il se présente un parti pour une de ses filles ; elle la marie, mais ne lui donne rien : cette fille pourra-t-elle prétendre une Légitime dans la succession de sa mère ? Basnage rapporte un arrêt du parlement de Rouen du 27 juin 1681, qui a jugé pour l'affirmative. Le défenseur de la fille disait « que quand la coutume avait laissé la liberté aux pères et aux mères de marier leurs filles sans leur donner rien, elle avait présumé que la piété paternelle et maternelle les porterait à s'acquitter de leur devoir, et à faire tout ce qui serait nécessaire pour l'avantage de leurs enfans ; mais qu'on ne pouvait avoir cette pensée d'une mère, lorsqu'elle avait passé sous les lois d'un second mari, parcequ'ordinairement les secondes affections effaçaient les premières ».

Il semble qu'il en devrait être de même lorsque le fille s'est mariée sans le consentement de son père ; mais il y a trois arrêts des 31 juillet 1636, 16 mars 1645 et 3 février 1650, qui, en pareil cas, ont donné un entier effet à l'exclusion légale ; et cela, dit Basnage, « parceque la rebellion et le mépris de la fille ne lui doit point être avantageux ; que si, même quand elle s'est tenue dans un état de respect et d'obéissance, elle ne peut rien demander après avoir été mariée par son père, il est bien plus juste et plus conforme à l'honnêteté

(1) La coutume d'Auvergne n'est cependant pas aussi générale que celle de Normandie ; car elle excepte le cas où la fille serait *mariée en premières nôces en la maison de sesdits père et aïeul, ou de l'un d'eux, sans constitution de dot.*

Source : BIU Cujas

publique de lui dénier toute action, lorsqu'elle s'est mariée sans son agrément ».

Si cependant le père avait ratifié le mariage, et s'était réconcilié avec sa fille, celle-ci pourrait prétendre, sinon une Légitime entière, au moins une dot proportionnée à la fortune du père. Basnage rapporte un arrêt du 3 décembre 1671, qui, en reformant, dans cette espèce, une sentence par laquelle on avait accordé un mariage avenant à la fille, lui a adjugé une somme égale à celle que le père avait donnée à une autre fille en la mariant.

Il peut arriver qu'un père ait des biens dans une coutume d'exclusion légale, et dans une autre où ni le mariage ni la dot ne privent la fille de son droit de Légitime. Dans ce cas, il ne faut point s'attacher à la loi du domicile, mais à celle de la situation, parceque le droit de Légitime est réel, comme on le verra plus particulièrement ci-après, sect. 6. Ainsi, en quelque endroit qu'une fille ait été mariée et dotée, si son père a des biens à Paris et en Bretagne, elle n'aura plus rien à réclamer dans la coutume de Bretagne; mais on ne pourra pas lui ôter sa Légitime dans celle de Paris. (*V.* ci-après, sect. 8, §. 3, art. 2.)

[[Tout ce qu'on vient de lire, n'est plus applicable qu'aux successions ouvertes avant la loi du 8 avril 1791. *V. Exclusion coutumière.*]]

Art. II. *De la renonciation expresse.*

I. Pour traiter avec toute la clarté nécessaire les questions que présente cette matière, il faut distinguer si la renonciation dont il s'agit, a été faite avant l'ouverture de la Légitime, ou après.

II. La loi 35, §. 1, C. *de inofficioso testamento*, renferme une décision précise sur le premier cas: elle porte que, si un enfant avait reçu une donation de son père, sous la condition expresse de ne point arguer son testament d'inofficiosité après sa mort, ce pacte ne l'empêcherait point d'exercer tous ses droits. *Illud etiam sancimus, ut si quis à patre certas res vel pecunias accepisset, et pactus fuisset quatenus de inofficioso quærelâ adversùs testamentum paternum minimè ab eo moveretur, et post obitum patris filius, cognito paterno testamento, non agnoverit judicium, sed oppugnandum putaverit; vetere jurgio exploso, hujusmodi pacto filium minimè gravari, secundùm Papiniani responsum, in quo definivit meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quàm pactionibus adstringendos.*

Il résulte au moins de ce texte une conséquence indubitable pour nos usages, c'est que la renonciation à une Légitime non ouverte n'est d'aucun effet, lorsqu'elle est stipulée par un acte ordinaire.

II. Mais peut-on l'appliquer aux renonciations faites par contrat de mariage, moyennant une dot? C'est un point sur lequel notre jurisprudence n'est pas uniforme.

Le parlement de Toulouse distingue la renonciation à l'hérédité ou à tous les droits successifs, de la renonciation à la Légitime nommément. Il juge que la première ne comprend pas le supplément de Légitime, et que par conséquent elle n'empêche pas d'en former la demande pendant trente ans, à compter du jour de la mort du père; et à l'égard de la seconde, il admet les enfans qui l'ont faite, à s'en relever par lettres de rescision qu'ils doivent obtenir dans les dix ans. C'est ce qu'attestent Laroche et Graverol, au mot *Légitime*, p. 200; Cambolas, liv. 6, chap. 30; Boutaric sur l'art. 35 de l'ordonnance de 1731; l'auteur du *Journal du palais* de Toulouse, t. 1, p. 299.

Le sénat de Chambéry juge constamment de même, excepté néanmoins qu'il exige toujours des lettres de rescision de la part de l'enfant qui a renoncé, sans distinguer si la renonciation ne porte que sur l'hérédité en général, ou si elle comprend spécialement la portion légitimaire. Le président Favre rapporte plusieurs arrêts de cette cour, qui l'ont ainsi jugé.

Nous avons plusieurs coutumes qui autorisent formellement cette jurisprudence. — « Pères et mères peuvent, en mariant leurs enfans, leur donner pour tous droits successifs ce que bon leur semble, et les faire renoncer à leurs successions futures: laquelle renonciation vaudra et tiendra, pourvu que la Légitime leur soit gardée; autrement pourront être relevés de ladite renonciation par eux faite....; pour laquelle Légitime on aura égard au temps du décès desdits père et mère ». (*Sens, art.* 267.) — « En contrat de mariage des enfans, les pères ou mères leur peuvent donner de leurs héritages et biens, pour leurs parts et portions, ce que bon leur semblera; et moyennant ce, leur faire renoncer à leurs futures successions et échoites, au profit des autres enfans..... Toutefois, si par ledit contrat de donation à eux faite, ils n'ont leur entière Légitime, ayant regard au temps de la mort du père ou de la mère, ils pourront agir et demander le supplément d'icelle ». (*Berry*, tit. 19, art. 33 et 34.) — « Homme et femme, tant nobles que roturiers, ayant plusieurs enfans, peuvent marier aucuns de leurs enfans, et donner héritages ou meubles, tels qu'ils verront être à faire, en renonçant à la succession de leursdits père et mère; et vaut et tient telle renonciation, sans ce que lesdits enfans puissent plus retourner à la succession de leursdits père et mère; pourvu que la chose ainsi donnée *ne revienne* jusqu'à la Légitime (1): car autrement en rapportant pourraient revenir à la succession ». (*Montargis*, chap. 12, art. 1.)

Mais si ces coutumes favorisent l'opinion adoptée par le parlement de Toulouse et le sénat de Chambéry, il y en a en revanche plusieurs autres qui la rejettent expressément.

---

(1) *Id est*, sauf si cela ne montait jusqu'à la Légitime. (*Note de Dumoulin.*)

Source : BIU Cujas

« Si le père a baillé dot à sa fille, et au contrat de mariage elle renonce aux biens paternels avec serment, soit majeure ou mineure, ne pourra venir à la succession de son père, ne demander supplément de Légitime, sinon que le père en ordonnât autrement ». (*Bordeaux*, art. 67.) — « La fille doit se contenter de ce qui lui a été donné en mariage par père, mère, aïeul ou aïeule...., si par le moyen dudit don, elle a renoncé à la succession du donnant, encore qu'elle fût mineure ». (*Péronne*, art. 206.) — On peut mettre dans la même classe les coutumes d'exclusion légale, telles que Bourbonnais, Auvergne, Poitou, Maine, Anjou, etc.; car si elles attribuent à une renonciation forcée la vertu d'exclure la fille mariée de toute demande en supplément de Légitime, à plus forte raison doivent-elles donner le même effet à une renonciation contractuelle : aussi en trouvons-nous une disposition expresse dans la coutume d'Anjou, art. 244, et dans celle du Maine, art. 261.

Telle est aussi la jurisprudence du parlement de Paris pour toutes les coutumes muettes, et même pour les provinces de droit écrit qui se trouvent dans son ressort. C'est ce que prouvent neuf arrêts émanés de cette cour.

« Le premier (dit Louet), a été solennellement donné le 7 septembre 1532, entre Guy de Maillé, sieur de Brézé, et Jacques de Louan, sieur de Nogent, encore qu'on alléguât lésion plus que de la moitié ».

Le second est rapporté, sans date, par Dumoulin sur la coutume de Berry, tit. 19, art. 34 : « Es termes de cette coutume, une fille qui avait clairement prouvé la lésion en la Légitime, fut déboutée de supplément par arrêt; mais si elle avait été mariée et renoncé depuis cette nouvelle coutume, l'arrêt serait inique ».

Le troisième est du 5 avril 1569. Brodeau nous apprend qu'il a été rendu à la quatrième chambre des enquêtes, *quatre de messieurs des autres chambres y assistant pour la conséquence;* qu'on l'a ensuite prononcé en robes rouges, et qu'il a infirmé une sentence de la sénéchaussée du Forez, pays de droit écrit.

Le quatrième est du 22 décembre 1574; Roussilhe, qui le rapporte, observe « que M. le président de Thou déclara, après la prononciation, que la fille qui avait renoncé par contrat de mariage aux successions de ses père et mère vivans, moyennant certaine somme, était forclose perpétuellement des successions, soit entre nobles ou roturiers, en pays de droit écrit ou coutumiers, quoiqu'elle fût mineure lésée et n'eût sa Légitime ».

Le cinquième a été rendu le 13 avril 1585, et prononcé en robes rouges le 7 juin suivant. L'espèce était particulière. Un père et une mère, riches de plus de trois cent cinquante mille livres, ayaient marié leur fille et lui avaient constitué une dot de quatre mille huit cents livres *pour tous droits successifs tant paternels que maternels :* la fille avait reçu cette somme, et par sa quittance avait renoncé expressément aux successions de son père et de sa mère : après leur mort, elle prit des lettres de rescision pour se faire adjuger un supplément de Légitime. Sa cause était des plus favorables : c'était à l'âge de douze à treize ans qu'elle avait été mariée; depuis, son père et sa mère avaient tellement augmenté leur fortune, que leur succession montait à environ six cent mille livres; enfin sa renonciation n'était point écrite dans le contrat de mariage, elle ne l'était que dans la quittance de sa dot, postérieure à la célébration. « Mais (dit Brodeau) on répondait que la quittance n'était que l'exécution du contrat, lequel contenait une taisible renonciation; et en conséquence de ce, elle fut déboutée du supplément de Légitime par elle requis ». Cet arrêt a confirmé une sentence de la sénéchaussée de Lyon.

Le sixième a été rendu le 18 août 1604, « nonobstant que la renonciation dont était question, eût été faite en l'an 1551, avant les arrêts, et dans un temps auquel la jurisprudence était fort incertaine pour la résolution de cette question ». Ce sont encore les termes de Brodeau.

Le septième est du 28 mars 1605; le huitième, du 18 mai 1609; le neuvième, du 14 juillet 1635. Ils sont rapportés par le même auteur.

Il y en a cependant un du 30 avril 1622, qui paraît avoir jugé le contraire; mais la contrariété n'est qu'apparente. Il s'agissait d'une renonciation faite par une fille mineure à une succession située en partie dans le Languedoc, et en partie dans la coutume d'Auvergne. On a vu tout à l'heure que le parlement de Toulouse avait toujours adjugé le supplément de Légitime aux filles mariées et dotées, nonobstant la renonciation générale ou spéciale qu'elles pouvaient avoir faite; l'arrêt cité n'a donc pas pu s'écarter de cette jurisprudence par rapport aux biens situés dans le ressort de cette cour. Il y avait encore moins de doute relativement à ceux d'Auvergne; car le père n'avait laissé que des filles; et la renonciation légale n'ayant point lieu en pareil cas, suivant l'art. 25 du chap. 12 de la coutume, on ne devait pas non plus donner effet à la renonciation contractuelle, parcequ'on est toujours présumé, en contractant, se référer aux dispositions de la loi.

Il a été un temps où le parlement de Bordeaux suivait sur cette matière les mêmes principes que celui de Toulouse. *Hanc opinionem* (dit Dumoulin sur le *conseil* 180 de Décius), *audio adusque servari Burdegalæ*. Automne, sur l'*Enchiridion* d'Imbert, dit qu'on n'observe pas à Bordeaux la rigueur des arrêts de Paris; et il en rapporte un du 2 septembre 1587, qui adjuge un supplément de Légitime à une fille mariée et dotée avec renonciation expresse à tous droits successifs.

Le parlement de Paris a décidé la même chose par rapport à une succession ouverte dans le Périgord, ressort de Bordeaux. Voici l'espèce. — Fran-

Source : BIU Cujas

çois, marquis d'Autefort, avait deux filles, Diane et Louise; il maria la première au comte de La Roque, et la seconde au sieur de Jumillac : par leurs contrats de mariage, il leur donna à chacune vingt mille livres, et moyennant cette somme les fit renoncer à sa succession future et à celle de leur mère, qui était échue. Après sa mort, la comtesse de La Roque, et le sieur de Marqueissac, représentant la dame de Jumillac, firent assigner aux requêtes de l'hôtel, François d'Autefort, fils aîné et héritier universel du marquis d'Autefort, père commun, pour se voir condamner à leur payer un supplément de Légitime dans les successions paternelle et maternelle. On disait pour eux, que la cause devait être jugée conformément à la jurisprudence du parlement de Bordeaux; que cette jurisprudence était constante pour le supplément de Légitime; que leur adversaire lui-même l'avait fait ainsi juger par quatre arrêts rendus en la chambre de l'édit de Paris, les 14 août et 7 septembre 1637, 3 juillet 1638 et 7 septembre 1640. Le marquis d'Autefort répondait, que le parlement de Bordeaux avait lui-même rejeté fort souvent des demandes en supplément de Légitime formées par des filles qui avaient renoncé en se mariant; qu'il était vrai que, par les arrêts des 14 août et 7 septembre 1637, il avait été restitué contre les renonciations de Louise Descars son aïeule, tant pour la succession échue que pour celle qui était à échoir; mais que dans ces arrêts, il était à la fois demandeur et défendeur, et que par conséquent ils n'avaient rien jugé; que celui du 7 septembre 1640 ne prononçait que *sans préjudice des Légitimes à lui adjugées;* ce qui ne faisait précisément que laisser les choses dans l'état où elles étaient; que l'arrêt du 3 juillet 1638, rendu avec un contradicteur, avait jugé le contraire, puisqu'il l'avait débouté de sa demande en supplément de Légitime sur la succession qui était à échoir lors de la renonciation, et ne l'avait restitué que pour celle qui était échue à la même époque. — Par sentence du 5 février 1654, le marquis d'Autefort fut condamné à fournir le supplément de Légitime qu'on lui demandait; et sur l'appel qu'il en interjeta, elle fut confirmée par arrêt du 3 mai 1664. — Le marquis d'Autefort prit une requête civile contre cet arrêt, et offrit de vérifier par turbes que la jurisprudence actuelle du parlement de Bordeaux était conforme, sur le point dont il s'agissait, à celle du parlement de Paris. M. l'avocat général Bignon, portant la parole, dit « que, quoiqu'il y eût incertitude de l'usage dans le parlement de Bordeaux, par la diversité des arrêts, néanmoins comme tout cela avait été dit et produit au procès lors de l'arrêt, il ne se trouvait point d'ouverture en la forme pour donner atteinte à l'arrêt, et que la question avait été jugée avec grande connaissance de cause ». L'arrêt qui intervint sur cette nouvelle instance, ne décida rien; il ne fit que donner acte aux parties des offres et déclararations qu'elles s'étaient faites à l'audience, pendant que la cour était aux opinions.

Tous ces détails, que nous avons puisés dans le Journal des audiences, prouvent le peu d'uniformité qu'il y avait alors dans les usages de Guienne sur cette question importante : mais Lapeyrère nous apprend qu'elle est aujourd'hui fixée, et que les arrêts du parlement de Bordeaux déclarent constamment non recevables les filles qui demandent des suppléments de Légitime, après avoir renoncé par contrat de mariage. — C'est ce qu'atteste aussi un acte de notoriété des avocats de cette cour, du 26 juin 1731, rapporté par Saliviat, *Jurisprudence du parlement de Bordeaux*, page 343.

Expilly assure que le parlement de Grenoble juge de même, et c'est sans contredit le parti le plus conforme aux principes. Si nous avons admis dans nos mœurs l'usage des renonciations aux successions futures, pourquoi n'en ferions-nous pas résulter une inhabilete, sinon absolue, au moins respective, de succéder? Et dès qu'on est inhabile à succéder, ne l'est-on pas aussi à prétendre une Légitime? A la bonne heure, que cette règle n'ait pas lieu dans les coutumes qui y dérogent expressément; l'équité naturelle ne peut qu'applaudir à une pareille exception; mais dans les coutumes muettes et dans les pays qui n'ont pas d'autres lois que celles du droit commun, il faut s'attacher à la rigueur des maximes, et par conséquent refuser un supplément de Légitime aux filles exclues par leur renonciation.

On objectera peut-être, avec Serres, dans ses *institutions au droit français*, l'art. 52 de l'ordonnance de 1735, qui a introduit la demande en supplément de Légitime dans les pays mêmes où elle n'avait pas eu lieu jusqu'alors : mais l'ordonnance n'a certainement pas entendu abolir l'usage des renonciations contractuelles, et elle ne peut avoir d'effet que quand il s'agit de dispositions testamentaires.

Nous devons cependant convenir avec Lebrun, « qu'il se pourrait trouver un concours de telles circonstances, qu'elles feraient incliner à donner, dans nos coutumes mêmes, un supplément de Légitime à la renonçante. Si, par exemple, la lésion de la fille était très énorme, eu égard au temps de son contrat de mariage, et qu'il parût, par les mauvaises dispositions que le père avait à son égard, que sa renonciation fût une véritable exhérédation; si le père en avait usé ainsi pour avantager dans la suite les enfans de son second lit; que le père eût alors du bien sûr, comme du bien de patrimoine, ou du bien acquis dans une profession réglée, et que sa fortune se fût maintenue jusqu'à son décès..., et qu'enfin, par de semblables ou d'autres circonstances, le dessein d'exhéréder fût évident, et que la fille eût été mineure lors de son mariage; car en ce cas la fille, obtenant des lettres dans les dix ans du jour du décès contre sa renonciation, pourrait avoir le supplément de sa Légitime; parcequ'il est constant que, selon le droit commun, la renonciation à la Légitime

Source : BIU Cujas

non encore échue, est nulle, et qu'on n'a admis celle des filles dans leurs contrats de mariage, que par des raisons particulières, dont une des principales et des plus essentielles est la présomption de l'affection paternelle: en sorte que dès lors que le père efface lui-même cette présomption, en faisant renoncer sa fille, par une dot de peu de conséquence, à une fortune qu'il a toute acquise, et à la participation de laquelle elle est appelée par le droit de la nature, et donnant des marques du dessein qu'il a de la frustrer de ses droits les plus légitimes, il fait cesser la cause et par conséquent l'effet de la disposition de la loi, parcequ'il dote moins sa fille en ce cas qu'il ne l'exhérède ».

Ce que Lebrun développe ici avec tant de netteté, Dumoulin et Louet l'avaient dit avant lui en moins de paroles. Mais (ajoute ce dernier auteur), « il ne faut pas se prévaloir de cette exception, pour se pourvoir témérairement contre toutes sortes de renonciations; car, ce qui doit retrancher la plupart des contestations sur cette matière, c'est ce qui vient d'être dit, que la lésion se devrait considérer eu égard aux biens que le père possédait au temps qu'il a constitué la dot, et qu'elle doit être telle, que la renonciation passe pour une véritable exhérédation. Si ces circonstances ne se rencontrent pas, il s'en faut tenir à la règle, et refuser tout supplément la Légitime ».

III. La diversité des coutumes et de la jurisprudence sur l'effet des renonciations par contrat de mariage, peut donner lieu à une question mixte, dont voici l'espèce. Un père domicilié à Paris marie sa fille, et, moyennant la dot qu'il lui constitue, la fait renoncer à sa succession future; ses biens sont régis par les coutumes de Paris et de Sens. Question de savoir si la fille sera exclue dans celle-ci, comme elle l'est incontestablement dans celle-là, de toute demande en supplément de Légitime? La négative ne paraît souffrir aucune difficulté. Le contrat fait à Paris, n'a pas plus de force que s'il avait été passé à Sens. Or, dans cette dernière hypothèse, les biens de Sens auraient été chargés d'un supplément de Légitime; ils doivent donc l'être également dans la première.

Lebrun croit néanmoins qu'il faut excepter de cette décision le cas où la renonciation de la fille serait accompagnée d'une dérogation à toutes les coutumes contraires; mais le président Espiard blâme cette restriction : « Quand la coutume, (dit-il), ne permet pas la renonciation à la Légitime (comme celle de Sens), on ne peut, même par contrat de mariage, y déroger, parceque la prohibition de la loi subsiste par rapport à la Légitime. Car ce n'est pas un doute que, quand la loi est prohibitive, il n'est pas permis, même par un contrat de mariage, d'y déroger : c'est ce que Lebrun lui-même a très bien établi dans son *Traite de la communauté*, où il dit que l'autorité des contrats de mariage ne peut déroger aux coutumes qui sont fondées sur une police et sur un intérêt public. Or, au nombre de ces coutumes, on doit ranger celle qui réserve toujours aux enfans leur Légitime, quelque renonciation qu'ils y aient faite par leur contrat de mariage ».

IV. Les petits-enfans peuvent-ils exiger une Légitime sur les biens de leur aïeul auxquels leur père et leur mère ont renoncé? Ils le peuvent sans difficulté, lorsqu'ils viennent de leur chef et sans le secours de la représentation, c'est-à-dire, lorsqu'ils n'ont ni oncles, ni tantes, ni cousins germains, pour concurrens. Mais dans le cas contraire, ils n'ont rien à prétendre, parcequ'il est de principe qu'un représentant ne peut jamais avoir plus de droit que le représenté. « Ce serait une fraude (dit Louet), et par voie indirecte faire ce que la mère n'a pu faire directement. On en cite deux arrêts; l'un du 21 avril 1564, pour d'Amourettes; l'autre du 5 avril 1569, entre Gaspard Gascon, et Jean-Antoine d'Allery ». — Charondas en rapporte un troisième, prononcé en robes rouges la veille de Noël 1576.

Catellan assure que le contraire a été jugé au parlement de Toulouse, dans une espèce qu'il rapporte, sans citer la date de l'arrêt; mais il y a tout lieu de croire que les petits-enfans dont il s'agissait, n'ont obtenu le supplément de Légitime dont ils formaient la demande, que par une conséquence de l'usage si bien établi dans le Languedoc, d'adjuger le supplément de Légitime aux filles mêmes qui y ont renoncé. Cela est si vrai, que Maynard rapporte un autre arrêt de la même cour du 15 décembre 1592, qui a déclaré des petits-enfans non recevables à demander la portion héréditaire à laquelle leur mère avait renoncé.

Il faut cependant voir à l'article *Représentation*, sect. 3, §. 3, les raisons que le président Bouhier oppose à cette jurisprudence.

V. Il résulte de tout ce que nous venons de dire, qu'en matière de renonciations antérieures à l'ouverture de l'hérédité, il n'y a point de différence effective entre renoncer généralement à tous les droits de succession, et renoncer nommément à la Légitime, parceque, dans un cas comme dans l'autre, la Légitime est censée comprise dans l'acte. Mais il en est tout autrement à l'égard des renonciations postérieures à la mort du défunt dont il s'agit de recueillir les biens et les droits; car, d'un côté, s'il est certain qu'elles excluent de la Légitime, lorsqu'elles la comprennent expressément, de l'autre, il est de principe qu'elles ne portent point leur effet jusque-là, lorsqu'elles sont conçues en termes généraux, et qu'elles ne frappent que sur l'hérédité. — Développons ces deux propositions.

Qu'on puisse renoncer valablement à une Légitime ouverte, et qu'on soit censé le faire par une renonciation dans laquelle ce droit est compris nommément, c'est une vérité clairement établie par la loi 35, §. 2, C. *de inofficioso testamento*. Ce texte déclare d'abord que la réception d'un legs insuffisant pour compléter la Légitime, n'empêche

Source : BIU Cujas

pas le légataire de demander un supplément ; et ensuite il ajoute : *Nisi hoc specialiter sive in apochâ, sive in transactione, scripserit vel pactus fuerit quòd contentus relictâ vel datâ parte, de eo quod deest nullam habeat quæstionem ; tunc enim, exclusâ querelâ, paternum amplecti compelletur judicium.*

Il y a cependant au Journal du palais de Toulouse un arrêt du 12 juin 1730, qui paraît avoir jugé le contraire. — Un légitimaire à qui le défunt n'avait rien laissé, avait reçu une somme pour sa Légitime, avec promesse de ne plus rien demander : plus de dix ans après sa quittance, il fit assigner l'héritier en composition de patrimoine et supplément de Légitime, et l'arrêt cité lui adjugea ses conclusions. L'auteur qui le rapporte, a soin de nous apprendre que la cause fut très mal défendue, à cause de la pauvreté des parties, et que les opinions des juges furent partagées. — On ne peut donc pas regarder cet arrêt comme un préjugé ; et cela est si vrai, que la même cour en a rendu un contraire le 9 juin 1749 ; en voici l'espèce. — La dame Clavières avait donné à l'un de ses enfans tous ses biens présens et à venir, à la charge de payer à ses sœurs leur Légitime telle que de droit ; après sa mort, arrivée en 1735, les sœurs passèrent avec leur frère un acte par lequel il était dit qu'elles le subrogeaient, moyennant 400 livres, dans tous leurs droits légitimaires maternels, en quoi qu'ils pussent consister, à ses risques et périls. Plus de dix ans après cette convention exécutée par le paiement de la somme stipulée, les sœurs formèrent une demande en supplément de Légitime ; mais elles furent déboutées.

VI. Nous avons dit que la renonciation générale à tous les droits successifs ne comprend pas la Légitime échue ; et c'est ce qui résulte de la maxime établie ci-dessus, sect. 2, §. 1, qu'il ne faut point être héritier pour demander une portion légitimaire ; et c'est ce qu'ont jugé quatre arrêts de 1598, 1642, 1559 et 1726, rapportés au même endroit. Catellan nous en fournit un cinquième, rendu dans cette espèce : « La dame de Beaucaire ayant fait cession de tous ses droits paternels, moyennant la somme de 20,000 liv. au marquis de Saint-Proget, son frère, sans être tenue d'aucune éviction ou garantie, il fut jugé que, nonobstant cette cession, elle pouvait demander un supplément de Légitime, quoiqu'elle ne se pourvût pas contre l'acte dans le temps des actions rescisoires, la demande en supplément durant trente ans, à compter du jour du décès de celui sur les biens de qui la Légitime est due, nonobstant toutes renonciations ou cessions générales ». L'arrêt est du mois de juillet 1670.

On a indiqué ci-dessus, sect. 3, la raison de la différence qui existe par rapport au droit de Légitime, entre l'effet d'une renonciation générale à une succession échue, et l'effet d'une renonciation générale à une succession à échoir.

[[Au surplus, la renonciation la plus expresse et la plus formelle à une Légitime ouverte, ne pourrait pas nuire à la femme qui se serait constituée sa Légitime en dot, si elle était l'ouvrage, non de la femme elle-même, mais de son mari. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, art. *Légitime*, §. 8.]]

Art. III. *De la renonciation tacite.*

I. C'est un principe constant qu'on ne peut pas admettre de renonciation tacite en matière de Légitime ; pour le mettre dans tout son jour, il faut considérer les différentes espèces d'actes dont on voudrait induire une pareille renonciation.

Ces actes sont ou antérieurs ou postérieurs à l'ouverture de la Légitime.

S'ils y sont antérieurs, et que ce ne soient pas des contrats de mariage, il est hors de doute qu'ils n'excluent pas le légitimaire qui les a signés. En effet, on a vu plus haut que les renonciations même expresses, qui se font autrement que par contrat de mariage, à une succession à échoir, ne préjudicient jamais à la Légitime : à plus forte raison donc les prétendues renonciations tacites de la même espèce ne peuvent-elles pas donner lieu à cette exclusion. Aussi trouvons-nous dans les *questions notables* de Duperrier, un arrêt du parlement de Provence du mois de juin 1644, qui a accordé une Légitime à un père sur les biens dont il avait autorisé son fils, non émancipé, à disposer par donation à cause de mort.

Les contrats de mariage eux-mêmes ne sont pas plus privilégiés à cet égard que les autres actes ; ils ne portent préjudice à la Légitime, qu'autant qu'ils contiennent une renonciation expresse à ce droit, ou au moins à la succession sur laquelle il doit être pris ; et la raison en est simple : il serait tout à la fois odieux et injuste de fonder sur des conjectures et des indices la privation d'un droit accordé par la nature, tandis que toutes les lois le favorisent le plus qu'elles peuvent. S'il y a un cas où il est vrai de dire qu'on n'est pas présumé légèrement se dépouiller de son bien, c'est sur-tout lorsqu'il s'agit d'une chose aussi sacrée que l'est une portion destinée à fournir des alimens à celui à qui elle est due.

II. Cette raison s'applique avec la même force aux actes postérieurs à l'ouverture de la Légitime, et il en résulte la même conséquence que pour les actes antérieurs. — On nous opposera sans doute les lois qui excluent de la querelle d'inofficiosité les enfans qui ont approuvé le testament de leur père ; mais il est aisé de sentir qu'il n'y a point de conséquence à tirer de la querelle d'inofficiosité, telle qu'elle a lieu dans le droit écrit, à la demande d'une Légitime : l'une est odieuse, parcequ'elle tend à faire déclarer nulles les dispositions du défunt, sous prétexte qu'elles sont l'ouvrage de la passion ou du délire ; l'autre est favorable, parcequ'elle a pour objet d'assurer la subsistance d'un enfant, d'un père, d'un frère : la première doit être restreinte le plus qu'il est possible, *odiosa restringenda ;* la se-

Source : BIU Cujas

conde au contraire doit être étendue aussi loin que le permet la rigueur des principes, *favores ampliandi*. On ne peut donc pas appliquer à celle-ci les textes qui excluent celle-là, par la seule raison que le testament du défunt a été approuvé ; ce serait même contrevenir directement à la loi 35, §. 2, C. *de inofficioso testamento*, suivant laquelle tout légitimaire qui a reçu purement et simplement la chose que le défunt lui a laissée pour lui tenir lieu de Légitime, et qui même en a donné quittance sans protestation d'agir en supplément, doit être admis à réclamer ce qui manque à la disposition testamentaire pour compléter sa Légitime, à moins qu'il n'ait renoncé formellement à ce droit : *Et generaliter definimus quandò pater minùs legitimâ portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis causâ donatione, vel inter vivos, sub eâ conditione, ut hæc inter vivos donatio in quartam ei computetur : si filius, post obitum patris, hoc quod relictum vel donatum est, simpliciter agnoverit, fortè et securitatem heredibus fecerit, quod ei relictum vel datum est accepisse, non adjiciens nullam sibi superesse de repletione quæstionem, nullum sibi filium facere præjudicium, sed legitimam partem repleri ; nisi hoc specialiter, etc.*

Les gens du roi du parlement de Provence ont donné, le 22 mars 1696, un acte de notoriété, portant « que cette loi est exactement observée dans ce parlement, et que, conformément à icelle, les enfans sont recevables à demander leur supplément de Légitime, nonobstant qu'ils aient reçu les legs qui ont été faits pour leur tenir lieu de ladite Légitime, et qu'ils en aient concédé quittance pure et simple et sans protestation, à moins qu'ils n'aient expressément renoncé à ladite Légitime ».

La jurisprudence des arrêts est conforme à cette maxime. — Il y en a un du parlement de Grenoble du 4 décembre 1455, rapporté par Papon. Le président Favre nous en a conservé deux du sénat de Chambéry des 25 août 1588 et 22 mai 1590, rendus dans des espèces où les testateurs avaient défendu expressément aux légitimaires d'exiger plus qu'ils ne leur laissaient. Maynard en rapporte un semblable donné par le parlement de Toulouse en avril 1557. — En voici un plus récent rendu au parlement de Paris. Benoît Menayde, domicilié dans le Forez, pays de droit écrit, avait fait son testament le 4 décembre 1727 ; et par cet acte, il avait institué Michel Menayde son fils héritier universel, à la charge de fournir à Claude Menayde sa fille, lors de son mariage et de sa majorité, 250 liv. et quelques effets, *pour tous et chacun les droits de Légitime, actions et prétentions que sadite fille pourrait avoir et espérer en ses biens, successions et hoiries.* Claude Menayde s'était mariée avec Pierre Duché, et son frère avait promis, par le contrat de mariage, de lui payer, en six paiemens égaux de chacun 50 livres, le legs que son père lui avait laissé. Le 17 octobre 1741, Claude Menayde et son mari donnèrent à Michel Menayde une quittance conçue en ces termes : « Reconnaissent avoir reçu de Michel Menayde la somme de 112 liv. pour solde finale et dernier paiement de la constitution faite à ladite Claude Menayde par son contrat de mariage... ; de laquelle somme de 112 liv. pour les causes susdites, lesdits mariés Duché et Menayde se contentent, quittent et promettent faire tenir quitte ledit Michel Menayde, avec promesse de ne lui en jamais plus rien demander ». Après un silence de 19 ans, Claude Menayde, devenue veuve, fit assigner son frère en supplément de Légitime, et obtint contre lui plusieurs sentences, qui, avant faire droit, ordonnèrent l'estimation des biens, à l'effet de savoir s'il y avait lieu au supplément ; et sur l'appel qui en fut interjeté, il intervint un premier arrêt sur appointement à mettre, qui en ordonna l'exécution provisoire. Au fond, Michel Menayde soutenait que sa sœur était non recevable en sa demande, et il tirait cette fin de non recevoir, tant de la quittance finale du 17 octobre 1741, par laquelle sa sœur lui avait fait *promesse de ne lui plus rien jamais demander*, que du laps de temps qui s'était écoulé depuis. Claude Menayde répondait que l'action en supplément de Légitime dure 30 ans ; qu'ainsi on ne pouvait pas lui opposer de prescription ; que sa quittance finale ne la rendait pas plus non recevable, attendu qu'en la faisant, elle n'était pas entrée en composition de patrimoine ; qu'elle avait seulement suivi le jugement du père ; qu'à la vérité, elle avait bien renoncé à rien demander de la constitution de dot, mais non pas à la Légitime qui lui était assurée par la loi. Enfin, elle citait la loi 35, §. 2, C. *de inofficioso testamento*, et une partie des autres autorités qui sont indiquées ci-dessus. Par arrêt du 22 octobre 1765, la cour confirma toutes les sentences, et conséquemment jugea que Claude Menayde était recevable dans sa demande en supplément de Légitime.

On peut encore appliquer ici les arrêts par lesquels on a ordonné des distractions de la Légitime en faveur de grevés de substitution universelle, qui avaient approuvé purement et simplement les actes par lesquels on leur avait imposé cette charge. *V.* ci-après, sect. 7.

[[*V.* dans mon *Recueil de Questions de droit*, article *Légitime*, §. 2 et 3, l'arrêt du parlement de Paris du mois d'août 1782, et celui de la cour de cassation du 3 messidor an 9.]]

§. IV. *De la substitution pupillaire.*

I. Il y a trois sortes de substitutions pupillaires, l'expresse, la tacite, et la compendieuse. La première se fait ainsi : *Au cas que mon fils décède avant l'âge de puberté, je lui substitue un tel.* La seconde est celle qui ne fait aucune mention de la puberté, et qui n'a pas d'autre forme qu'une simple substitution vulgaire ; elle est ordinairement conçue en ces termes : *J'institue mon fils héritier, et je lui substitue un tel.* La troisième se

Source : BIU Cujas

fait en abrégé, et elle comprend à la fois la substitution vulgaire et la substitution pupillaire : voici comme on l'exprime : *J'institue mon fils héritier, et en quelque temps qu'il décède, je lui substitue un tel.*

Ces notions supposées, voyons si de telles dispositions de la part d'un père, peuvent empêcher la mère ou l'aïeul de demander une Légitime sur les biens de leur fils ou petit-fils décédé en pupillarité.

II. L'affirmative ne paraît pas souffrir de difficulté, lorsque la substitution pupillaire est expresse; la loi 8, §. 5, D. *de inofficioso testamento*, porte que la mère ne peut pas agir en querelle d'inofficiosité contre le testament qui règle la succession de son fils impubère, parceque cet acte est l'ouvrage du père : *sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit.* — Quoiqu'on ne puisse pas intenter la plainte d'inofficiosité dans tous les cas où il y a lieu à la demande de la Légitime, il n'en est pas moins vrai que cette seconde action ne peut être exercée que par ceux qui ont droit à la première; et c'est pourquoi les §. 6 et 8 de la loi citée déclarent que, pour faire cesser la querelle d'inofficiosité, il suffit de laisser une portion légitimaire aux personnes qui pourraient l'intenter. Ainsi, de ce que la mère ne peut pas attaquer, comme inofficieux, le testament qui contient une substitution pupillaire, il suit nécessairement qu'elle ne peut pas demander de Légitime sur les biens de son fils décédé avant l'âge de puberté. — Cette conséquence paraît dure; mais elle est exacte. Il est certain que le père ne doit rien à sa femme, et que celle-ci n'a des droits légitimaires à exercer que sur la succession de son fils. Or, dans le cas d'un substitution pupillaire, non seulement le fils ne dispose pas, mais sa succession est confondue, et, pour ainsi dire, identifiée avec celle du père : *tunc hereditas et patris et filii una est*, dit la loi 12, D. *de privilegiis creditorum.* Aussi la loi 20, D. *de jure deliberandi*, porte-t-elle que le substitué ne peut pas accepter la succession du père et répudier celle du fils, ou réciproquement; et il a été jugé par deux arrêts des 10 juillet 1610 et 14 juillet 1654, rapportés par Henrys et Ricard, que la mère recueillant une substitution de cette espèce faite à son profit, devait les droits au seigneur, comme tenant les biens de son mari, quoique l'on convînt que, d'après les usages des lieux, elle en aurait été exempte si elle eût succédé à son fils.

On ne doit donc pas trouver surprenant que la substitution pupillaire expresse éteigne tous les droits de Légitime que la mère ou l'aïeul auraient pu prétendre sur la succession de leur fils ou petit-fils; et c'est ainsi que l'a toujours jugé le parlement de Toulouse. Maynard, qui nous l'assure, en cite un arrêt du mois de février 1577. — Quelques auteurs du ressort de cette cour avaient voulu excepter de cette jurisprudence le cas où le substitué serait un étranger : mais, dit Catellan, cette distinction a été rejetée, et Duranty lui-même, qui la soutient, « rapporte un arrêt de 1544, par lequel la mère fut exclue de la Légitime, quoique le substitué fût un étranger. Là Rocheflavin et Cambolas en rapportent d'autres. J'en ajouterai un du mois de décembre 1665, rendu en la seconde chambre des enquêtes, dans le même cas d'un étranger substitué; ce qui doit avoir lieu avec plus de raison encore, lorsque la cause pie est substituée pupillairement (1). C'était l'espèce d'un autre arrêt rendu en la même chambre au rapport de M. de Chalvet ».

On trouve dans le recueil de Papon, un arrêt du parlement de Paris du 8 juin 1566, qui paraît avoir jugé le contraire; mais on sait que Papon n'est pas toujours exact, et sans doute cet arrêt a été motivé par des circonstances particulières.

Le président du Vair en rapporte un du parlement de Provence, qui a pareillement accordé une Légitime à une mère sur la succession de son fils, quoique le père lui eût substitué pupillairement; mais, dit Ricard, ce parlement a depuis jugé le contraire, par un arrêt rendu les chambres assemblées, et prononcé en robes rouges.

Il faut cependant convenir que le parlement de Bordeaux a constamment rejeté l'avis que nous soutenons : du Vair et Automne en rapportent deux arrêts de 1567 et 1604; et Bretonnier atteste que cela ne souffre aucune difficulté dans la jurisprudence de cette cour : mais, s'il en faut croire le même auteur, c'est le seul tribunal de l'Europe qui juge de la sorte.

III. C'est avec plus de fondement, au moins en apparence, que cette cour donne une Légitime à la mère et à l'aïeul, lorsque la substitution pupillaire n'est que tacite; car quoique les lois, d'après la volonté présumée du père, aient assimilé cette substitution à celle qui est expresse, « néanmoins, (dit Ricard), il faut avouer qu'il y a beaucoup de justice et d'équité en ôtant à la mère la succession de son fils, par une volonté présumée, qui n'est jamais si forte que la disposition expresse, de lui laisser du moins sa portion légitimaire ». — Mais cette opinion ne donne pas à la mère tout ce qu'elle a droit de réclamer; car nous ferons voir à l'article *Substitution directe*, §. 2, qu'elle ne doit pas, en pareil cas, se borner à la demande d'une Légitime, et que toute l'hérédité lui appartient, parcequ'il n'est pas vraisemblable que le père ait voulu l'en exclure par une substitution qui n'est que vulgaire dans ses termes, et qu'on ne peut pas rendre pupillaire, sans blesser les droits de la nature.

IV. On convient assez généralement que la substitution compendieuse exclut la mère de la succession; mais les auteurs sont fort partagés sur la question de savoir si elle la prive aussi de la Légitime.

(1) *V.* le chap. 1, *de testamentis*, *in* 6°, rapporté ci-après, n. 4.

Source : BIU Cujas

Ceux qui soutiennent la négative, disent que cette substitution ne comprend pas assez clairement le cas du décès en pupillarité, pour qu'il ne reste pas quelque incertitude dans les esprits sur la volonté du testateur, et que la faveur de la mère augmentant les doutes, il est juste au moins de lui conserver une Légitime. Cet avis a été adopté dans toute son étendue par le parlement de Toulouse et le sénat de Chambéry, et il a fait naître dans ces deux cours une foule de procès sur des questions accessoires. *V.* Maynard, liv. 5, ch. 26; d'Olive, liv. 3, ch. 9; Cambolas, liv. 6, ch. 19; Catellan, liv. 2, ch. 84; et Favre en son Code, liv. 6, tit. 8.

Le sentiment contraire est tout à la fois plus simple et plus juridique. D'abord, il coupe la racine de toutes les contestations qui dérivent de l'autre opinion : en second lieu, n'est-ce pas chercher à tout obscurcir, que de prétendre qu'une substitution compendieuse ne renferme pas clairement la pupillaire? Peut-on rien de plus précis, de plus formel que ces termes : *En quelque temps que mon fils décède, je nomme un tel pour héritier?* N'est-ce pas dire nettement, « soit que mon fils meure avant moi ou qu'il me survive, je veux que ma succession passe sur la tête d'un tel » ? N'est-ce pas en un mot ordonner clairement une substitution vulgaire pour le premier cas, et une substitution pupillaire pour le second? D'ailleurs, point de milieu, ou la mère, dans le cas d'une substitution compendieuse, doit recueillir toute la succession, ou elle ne peut prétendre de Légitime; car, nous l'avons déjà dit, on ne peut pas être légitimaire lorsqu'on n'est pas habile à se porter héritier; d'ailleurs, la raison de faveur qui lui ferait donner une Légitime, militerait également pour la faire succéder à l'exclusion du substitué : or, on convient universellement qu'elle n'a pas droit à l'hérédité entière; il faut donc aussi l'exclure de la Légitime. — Et c'est ce que le parlement de Paris a toujours jugé. Montholon en rapporte deux arrêts prononcés en robes rouges : le premier, la veille de pentecôte 1588; le second, à pareil jour 1591. Henrys nous en fournit un troisième du 22 août 1637.

Les interprètes ne sont pas d'accord sur la question de savoir s'il faudrait regarder comme compendieuse, une substitution qui serait conçue en ces termes : *J'institue mon fils, et s'il meurt sans enfans, je lui substitue un tel.* Mais quelque parti que l'on prenne sur cette difficulté, il n'est pas possible que la mère obtienne une Légitime en pareil cas : en effet, ou l'on considèrera cette substitution comme compendieuse, et on la fera valoir comme pupillaire, si le fils vient à mourir avant l'âge de puberté; ou on la regardera comme simplement fidéicommissaire, et on lui en donnera tous les effets, en quelque temps que le fils décède.

Dans la première hypothèse, la mère n'aura point de Légitime, par les raisons que nous venons d'exposer; et c'est ce que le ch. 1, *de testamentis*, *in* 6°, décide nettement : *Si pater filium et filiam habens impuberes, et uxorem, filiam in re certâ, filium verò in cæteris bonis suis universalem heredem instituit, et uxori aliqua in suo testamento legavit, adjiciens, ut si decederet filia sine liberis, eidem filio, et si ipse absque liberis obiret filius, præfatæ filiæ moreretur, Christi pauperes instituendo heredes, si utrumque sine liberis mori contingeret filiorum; testatore mortuo, ac deindè filio subsequenter, et filiâ (superstite matre) defunctis ante tempora pubertatis; absque deductione Trebellianicæ sive partis jure naturæ debitæ faciendâ, ipsis pauperibus bona omnia deferuntur. Præmissæ namque substitutiones factæ de filio ad filiam, et contrà, et de illis ad pauperes, directæ debent intelligi pupillares; cùm in substitutionibus semper sit interpretatio facienda (dummodò, sicut in casu proposito, eorum verbis et personis conveniat institutis), ut substitutio directa intelligatur potiùs quàm obliqua : quanquam directa interdùm ad fideicommissum ex causâ trahatur. Licet autem filius testamento suo matrem portione jure naturæ debitâ privare non possit, pater tamen in testamento quod filio impuberi facit, potest; nam hujusmodi testamentum pupillare paternum vel paterni pars potiùs est censendum.*

Dans la seconde hypothèse, la mère pourra bien demander une quarte trébellianique, comme héritière *ab intestat*, ainsi qu'il a été jugé par un arrêt du 8 octobre 1546, rapporté en forme par Papon; mais elle n'aura point de Légitime, au moins sur les biens venant du père, parcequ'il est de principe que le légitimaire ne peut rien prétendre sur les fidéicommis dont le défunt était grevé. *V.* ci-après, sect. 8, §. 2.

V. Nous n'avons parlé jusqu'à présent que du droit des ascendans; voyons maintenant si le fils lui-même peut distraire une Légitime sur les biens que son père lui a laissés à charge de substitution pupillaire, et la transmettre à ses héritiers.

Cette question n'est pas difficile; la loi 8, §. 7, D. *de inofficioso testamento*, la décide clairement. Lorsqu'un père, dit-elle, a substitué pupillairement à son fils, *si quis impuberi filio substituit, secundas tabulas faciendo*, le fils n'est pas en droit d'attaquer cette substitution par la querelle d'inofficiosité; *non ob hoc admittemus ipsum impuberem ad inofficiosi querelam.* La raison en est, que le pupille n'est point grevé par une disposition de cette espèce; c'est au contraire un honneur pour lui de faire un testament par les mains de son père, malgré les lois qui l'en rendent personnellement incapable.

On objectera sans doute que la Légitime ne peut point être substituée fidéicommissairement; mais il y a une grande différence entre la substitution fidéicommissaire et la pupillaire : l'une est une charge qui diminue la propriété et la réduit presque à un simple usufruit; l'autre ne porte pas la moindre atteinte aux droits du pupille sur les biens que lui a transmis son père; elle l'en laisse

Source : BIU Cujas

propriétaire absolu, et ne fait que suppléer au défaut de volonté qui l'empêche d'en disposer avant sa mort. La loi 22, §. 1, D. *de adoptionibus*, met cette différence dans le plus grand jour : elle demande d'abord si un père adoptif peut substituer pupillairement la quarte qu'il est obligé de laisser à son fils arrogé, et qui tient lieu de Légitime à celui-ci; et elle répond qu'il le peut. Elle met ensuite en question s'il lui est également permis de substituer fidéicommissairement cette même portion, et elle décide qu'il ne le peut pas. *Sed an impuberi adrogator substituere possit quæritur, et puto non admitti substitutionem, nisi fortè ad quartam solam quam ex bonis ejus consequitur: et hactenùs ut ei usquè ad pubertatem substituat. Cæterùm, si fidei ejus committat ut quandoquè restituat, non oportet admitti fideicommissum, quia hoc non judicio ejus ad eum pervenerit, sed principali providentiâ.*

VI. Tout ce que nous venons de dire sur la substitution pupillaire, ne peut être d'aucun usage pour les pays coutumiers, parcequ'elle y est tout-à-fait inconnue. Mais il se fait dans les Pays-Bas des espèces de substitutions improprement dites, qui peuvent donner lieu, dans ces provinces, aux questions que nous venons d'agiter.

Ces substitutions se font par testament ou par contrat de mariage, et on les appelle communément règlemens *ab intestat*, parcequ'elles n'ont leur effet qu'autant que les enfans ne disposent pas eux-mêmes. *V. Règlemens ab intestat.*

L'opinion la plus commune et la plus exacte est que ces sortes de substitutions faites par le premier mourant de deux conjoints, excluent le survivant de tout droit de Légitime sur les biens de ses enfans. « Il est certain (dit Rodemburg, *de jure conjugum*), que le survivant, dans notre espèce, n'est ni prétérit, ni exhérédé par son fils; qu'il n'est en aucune manière lésé par lui dans sa Légitime; que par conséquent le père ne peut se plaindre d'aucune inofficiosité. Les lois 6 et 30, C. *de inofficioso testamento*, et Favre, dans son Code, liv. 5, tit. 5, déf. 6, prouvent nettement que la demande en Légitime cesse dès qu'il n'y a pas lieu à la plainte d'inofficiosité..... Et c'est de là qu'on dit communément que si dans le monde on ne faisait pas de testament (ni de donation), il n'y aurait jamais de demande en Légitime. Comment en effet pourrait-on demander une Légitime sur les biens d'un homme qui est mort *ab intestat*? Si donc, dans l'espèce proposée, le père est exclu de la succession de son fils, ce n'est pas par aucune disposition du fils, mais par la propre convention du père », si la substitution a été stipulée dans le contrat de mariage; et par le fait du prédécédé qui ne devait rien au survivant, si cette disposition a été écrite dans un testament.

Il y a plus : les enfans eux-mêmes ne transmettent pas à leurs héritiers le droit de distraire une Légitime sur les biens compris dans le règlement *ab intestat*. En effet, cette distraction ne peut avoir lieu que dans les cas de disposition inofficieuse de la part des défunts : or, dans notre espèce, les enfans recueillent la propriété pleine et entière de tous les biens de leur père et de leur mère; il ne tient même qu'à eux d'en disposer, soit entre-vifs, soit à cause de mort, lorsqu'ils ont les qualités requises pour cela. Ce cas rentre donc naturellement dans celui de la substitution pupillaire, et l'on ne saurait mieux faire que d'y appliquer les textes qui permettent au père de substituer pupillairement la Légitime des enfans qu'il a sous sa puissance.

§. V. *Défaut d'inventaire.*

Il est peu de questions aussi controversées que celle de savoir si le défaut d'inventaire légal élève une fin de non-recevoir contre le légitimaire. Le détail des raisons et des autorités qu'on allègue pour et contre, demanderait presque un traité séparé : mais, pour ne pas trop allonger cet article, nous nous contenterons d'exposer simplement notre avis.

La loi dernière, §. 14, C. *de jure deliberandi*, et la novelle 1, ch. 2, §. 2, déclarent en termes formels, que l'héritier institué, qui a négligé de faire inventaire, ne peut retenir la falcidie sur les legs, ni rien retrancher sur les fidéicommis dont le testateur l'a chargé, quand même ces dispositions excéderaient le montant de l'hérédité : *non retinebit falcidiam, sed complebit legatarios et fideicommissarios, licet puræ substantiæ morientis transcendat mensuram legatorum datio.*

Ces termes, *complebit fideicommissarios*, décident une question fort agitée entre les docteurs, et qui consiste à savoir si le défaut d'inventaire empêche la détraction de la trébellianique.

Ces décisions ne s'appliquent pas moins aux héritiers descendans du testateur qu'aux étrangers : car nous voyons par les §. 1 et 2 de la loi dernière, C. *de jure deliberandi*, que l'empereur Justinien a entendu y comprendre les uns comme les autres.

Voilà donc des textes clairs et précis qui privent de la falcidie et de la trébellianique, les enfans institués héritiers qui ont omis la formalité de l'inventaire. Mais pourquoi ces mêmes textes n'étendent-ils pas leur disposition à la Légitime? La raison en est simple, et elle se sent d'elle-même d'après ce que nous avons dit ci-devant, sect. 2, §. 1 : c'est que jamais un enfant qui a pris la qualité d'héritier de son père, ne peut demander une Légitime; c'est que, charge de legs et de fidéicommis qui absorbent toute la succession, il ne peut, en acceptant l'hérédité, prétendre autre chose qu'une falcidie et une trébellianique; c'est qu'enfin le concours de ces deux quartes avec la Légitime, est, comme on le verra ci-après, sect. 8, §. 3, une chose monstrueuse dans le droit romain.

Source : BIU Cujas

Nos usages ont cependant admis ce concours ; l'ordonnance de 1735 permet même à l'héritier chargé de legs et de fidéicommis, de distraire sa falcidie sur les uns, sa trébellianique sur les autres, et outre cela sa Légitime.

Dans cet état, quel parti prendre relativement à cette dernière portion, lorsque l'héritier n'a point fait inventaire ? Dira-t-on, comme le fait Ricard après plusieurs autres auteurs, que les peines ne s'étendent point d'un cas à l'autre ; que les lois n'ont prononcé que la privation de la falcidie et de la trébellianique, contre les héritiers qui ont omis la formalité de l'inventaire ; que par conséquent on ne peut pas en appliquer la décision à la Légitime ?

Mais si les lois romaines n'ont point compris la Légitime dans leur disposition, c'est, comme nous venons de le dire, parceque, suivant leur esprit, ce droit ne pouvait jamais être réclamé par un enfant institué héritier. Or, peut-on, en matière civile, se prévaloir du silence d'une loi, pour exempter des peines qu'elle établit, une chose qui n'existait pas lors de sa promulgation ? Qu'on n'étende pas les peines d'un cas prévu par le législateur, à un autre qu'il a pu prévoir, rien en cela que de juste et de régulier, parcequ'alors on peut dire, *inclusio unius est exclusio alterius ;* mais ne pas appliquer à un cas qu'il n'a pas été possible de prévoir, et qui cependant est parfaitement identique avec les cas prévus, une peine prononcée contre ceux-ci, c'est une manière de raisonner que le bon sens ne peut avouer, et que le législateur lui-même condamne formellement. *Non possunt* (dit la loi 12, D. *de legibus*), *omnes articuli sigillatim aut legibus aut senatus-consultis comprehendi ; sed cùm in aliquâ causâ sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.* La loi 13 ajoute : *Nam, ut Pedius ait, quoties lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio est cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certè jurisdictione suppleri.*

D'ailleurs cette règle, qu'on ne peut pas étendre les peines d'un cas à un autre, peut-elle être de quelque effet par rapport à un droit introduit contre les vrais principes ? Si, en permettant le concours de la Légitime avec la falcidie et la trébellianique, on a violé cette maxime si constante, qu'on ne peut être à la fois héritier et légitimaire, ne doit-il pas être également permis, en privant de la Légitime l'héritier qui n'a point fait inventaire, de violer cette autre maxime, qui défend toute extension des peines légales hors de leurs espèces précises ? *In his quæ contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi rationem juris*, dit la loi 15, D. *de legibus.*

On objecte que la falcidie et la trébellianique ont été introduites pour des raisons purement civiles ; que la Légitime au contraire doit son origine au droit naturel ; et que par conséquent on ne peut pas augmenter des deux premières à la troisième.

Mais il est constant que la falcidie et la trébellianique tiennent lieu de Légitime à tous ceux qui ont droit à cette dernière portion ; et cela est si vrai, qu'elles ont à leur égard une grande partie des privilèges propres à la Légitime. *V. Quarte falcidie* et *Quarte trébellianique.*

D'ailleurs, Justinien lui-même fait entendre très clairement que l'omission de l'inventaire ne laisse à l'héritier institué l'espérance d'aucune espèce de détraction. C'est ce qui résulte de l'obligation qu'il lui impose de satisfaire aux legs, au-delà même des forces de la succession ; et cela suffit certainement pour exclure la Légitime.

Enfin, cette doctrine a été confirmée solennellement par un arrêt du 12 décembre 1598, rendu par la deuxième chambre des enquêtes du parlement de Paris. ; Peleus le rapporte en ses *Actions forenses*, liv. 4, art. 6, comme ayant jugé *in terminis*, qu'un enfant à qui l'on opposait le défaut d'inventaire, ne pouvait distraire, ni sa trébellianique, ni sa Légitime sur les fidéicommis dont son père l'avait grevé.

On peut, nous le savons, citer quelques arrêts contraires rendus en d'autres tribunaux ; mais ce n'est point le nombre des préjugés qui doit nous déterminer : un arrêt conforme à l'esprit des lois et aux vrais principes, prévaudra toujours sur vingt autres qui n'auront pour base que des idées systématiques et de fausses maximes.

Mais ce que nous venons de dire, ne s'applique qu'à l'héritier légitimaire chargé de legs et de fidéicommis. Que faut-il donc résoudre par rapport au légitimaire véritable, c'est à-dire, par rapport à l'enfant, l'ascendant ou le frère qui demande une Légitime sans se porter héritier ?

Nous avons sur cette matière un principe certain : c'est que le défaut d'inventaire ne peut nuire qu'à ceux qui étaient obligés par une loi expresse de remplir cete formalité. Or, l'héritier seul est tenu par les lois de Justinien, de faire inventorier les effets de la succession ; il n'y a aucun texte qui en charge, soit expressément, soit virtuellement, celui qui se tient à sa Legitime ; on ne peut donc pas dire que ce dernier soit non recevable à réclamer sa portion, pour n'avoir point fait inventaire. Voyez à l'article *Légataire*, §. 7, art. 1, n. 14, les moyens dont nous nous sommes servis pour prouver que l'omission de cette formalité n'assujettit pas le légataire universel à payer les dettes au-delà de son émolument ; ces moyens reçoivent ici une application directe et entière, et ils ont été adoptés à l'égard du légitimaire par un arrêt que l'additionnaire de Ricard nous retrace en ces termes : — « Il a été jugé en la troisième chambre des enquêtes, le 30 juin 1671, au rapport de M. de Mallebranche, que le défaut d'inventaire n'empêchait pas la détraction de la Légitime, entre Perrette Thoret, veuve d'Aubin Desbordes, procureur fiscal à Segnelet, appelante d'une sentence

Source : BIU Cujas

rendue par le conservateur de Bourges, l'an 1667, et demanderesse en Légitime, d'une part; et Me Thoret, avocat en la cour, intimé et défendeur, d'autre part ».

§. VI. *De la Prescription.*

Il y a trois questions à examiner par rapport à la prescription : la première est de savoir si elle peut avoir lieu contre la Légitime ; la seconde, par combien de temps elle s'acquiert ; la troisième, de quel jour elle commence à courir.

Art. I. *La Légitime est-elle prescriptible ?*

Quelques auteurs ont soutenu la négative ; et leur avis a été, dit-on, adopté par deux anciens arrêts du parlement d'Aix, rapportés dans le commentaire de Masse sur les statuts de Provence. Mais cette opinion est insoutenable, sous quelque aspect qu'on la considère. La prescription est un moyen introduit par la loi pour acquérir ou pour se libérer ; elle étend ses effets sur tout ce que la loi elle-même n'a pas soustrait à son influence : ainsi, pour rendre une chose imprescriptible, il faut un texte précis qui la déclare telle. Or, qu'on parcoure tout le corps du droit, on n'y trouvera pas un mot qui tende à affranchir la Légitime de la prescription ; elle doit donc y être soumise comme les autres droits. Aussi le parlement d'Aix lui-même le juge-t-il ainsi depuis longtemps : témoin ce passage de Duperrier, tome 2, page 494 : « Légitime se prescrit par trente ans : arrêt au rapport du sieur d'Arnaud, entre le sieur de Salignac et Jacques Garret-Catin ». L'additionnaire de cet auteur dit que cette maxime *n'est plus susceptible de difficulté.*

Il semble qu'on juge tout différemment en Normandie ; car le nouvel annotateur de Basnage rapporte un arrêt du 7 juillet 1724, par lequel le parlement de Rouen a reçu une fille à la demande de sa Légitime, quoique ses frères lui opposassent une prescription de plus de quarante ans. Mais cette décision est uniquement fondée sur le principe admis dans cette province, que l'action en paiement de la Légitime est, entre frères et sœurs, de la même nature que la demande en partage entre cohéritiers ; et l'art. 429 de la coutume de la même province, porte, *qu'entre cohéritiers la prescription quadragénaire n'a point lieu avant le partage.* Ainsi, on ne pourrait pas employer cet arrêt contre des tiers-détenteurs.

Art. II. *Par combien de temps la Légitime se prescrit-elle ?*

Barthole a prétendu que l'action en paiement de la Légitime ou du supplément de cette portion, ne durait que cinq ans, parceque la querelle d'inofficiosité dont cette action tient lieu, est limitée à ce terme, l'auteur du commentaire sur les usages de Besançon, cite un arrêt du parlement de Franche-Comté, du 26 janvier 1683, qui l'a jugé ainsi.

Mais pour admettre cette opinion, il faudrait que la Légitime ne pût être demandée que par la querelle d'inofficiosité proprement dite, et c'est ce qu'il n'est pas possible de supposer. La querelle d'inofficiosité tend à faire casser le testament : la demande en Légitime le laisse subsister ; cette seule différence écarte toute apparence d'identité entre ces deux actions. D'ailleurs le §. 3, Inst. *de inofficioso testamento*, dit en termes formels, que la querelle d'inofficiosité doit cesser toutes les fois qu'il y a simplement lieu à la demande de la Légitime : *Sin verò quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querelâ quiescente, id quod eis deest usque ad quartam Legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum boni viri arbitratu debere eam compleri.* — On ne peut sans doute rien de plus décisif.

Quel terme fixerons-nous donc à l'action dont il s'agit ? Il faut, suivant certains auteurs, distinguer le cas où elle est exercée contre un héritier, de celui où c'est un donataire, soit entre vifs, soit à cause de mort, qui en est l'objet.

Dans le premier cas, elle ne peut se prescrire que par trente ans, parcequ'elle est personnelle. C'est le sentiment de Ricard, de Lebrun, de Voët, du président Bouhier, dans sa *Dissertation sur le droit des mères, au cas de la substitution pupillaire ;* de Dunod, de Furgole et d'une foule d'autres auteurs. — C'est aussi ce que les arrêts ont jugé constamment. — Cambolas en rapporte un du parlement de Toulouse, du 8 décembre 1597 ; il y en a un autre de la même cour du mois de février 1670, rapporté par Catellan ; Le Prêtre nous en fournit un troisième rendu au parlement de Paris, le 15 décembre 1612 ; nous en avons cité plus haut un quatrième émané du même tribunal, le 22 octobre 1675 ; le président Favre en rapporte un cinquième donné au sénat de Chambéry, le 25 août 1588 ; et le commentateur des usages de Besançon en cite un sixième rendu au parlement de cette ville, postérieurement à celui du 26 janvier 1683, qui avait soumis la Légitime à la prescription de cinq ans.

Dans le second cas, Furgole prétend, d'après Ferrière, que « dans les pays où l'on suit le droit romain à la rigueur, et dans le district de la coutume de Paris, la prescription de dix ans entre présens, ou de vingt ans entre absens, suffirait pour exclure les légitimaires, parceque la donation est un titre suffisant pour servir de fondement à cette prescription, suivant la loi 1, D. *pro donato*, et la loi 1, C. *de usucapione pro donato* ».

Mais ce système ne s'accorde pas avec ce que le même auteur dit quelques lignes plus haut : « L'action des légitimaires (ce sont ses termes) n'est pas purement hypothécaire, elle est personnelle, *in rem scripta* ». — Ricard enseigne la même chose : « L'action qui compète aux enfans pour le sujet de leur Légitime contre les donataires et les légataires, est une espèce d'action personnelle *in rem* qui les oblige directement en tant qu'ils sont détenteurs et

Source : BIU Cujas

possesseurs de la chose qu'ils possèdent, et subsidiairement aussi, jusqu'à concurrence de la même chose, pour les parts que les autres donataires et légataires doivent fournir ». — Il résulte clairement de tout cela, que les donataires et les légataires ne sont pas plus privilégiés que les héritiers, par rapport au temps de la prescription de la Légitime; ainsi, la distinction de Furgole doit être rejetée.

La prescription de dix ou vingt ans peut cependant avoir lieu contre la demande en paiement de la Légitime; mais ce n'est ni en faveur des héritiers, ni en faveur des donataires ou légataires. Ecoutons Ricard: « Quand on dit que l'action du légitimaire dure trente ans, cela s'entend assez à l'égard de ceux qui sont tenus de l'obligation personnelle; car pour ce qui est des tiers-détenteurs, leur bonne foi les met à couvert de toutes sortes de recherches dans le temps ordinaire et préfini en leur faveur ».

Mais cette doctrine n'est-elle pas implicitement abrogée par l'art. 45 de l'ordonnance de 1731, portant que les tiers-*détenteurs des choses données ne pourront opposer la prescription pour faire valoir la donation révoquée par la survenance d'enfans, qu'après une possession de trente années?* Non, répond Furgole, parceque l'art. 8 de la même loi, parlant de la prescription de la demande en Légitime, laisse les choses aux termes du droit commun. « La raison de la différence (continue cet auteur) peut être prise de ce que, dans le cas de l'art. 38, la plainte d'inofficiosité ne retranche les donations inofficieuses que quand elle est proposée; au lieu que la survenance des enfans révoque de plein droit les donations, et fait rentrer aussi de plein droit les biens donnés dans le patrimoine du donateur, suivant les art. 39 et 42; ainsi, le droit du donataire étant résolu, celui de ses ayans-cause l'est aussi, suivant la règle *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ».

Ce que nous disons de la possession des tiers-détenteurs pendant dix ou vingt ans, ne peut point avoir lieu dans les coutumes qui ont réglé différemment la prescription: cela est trop clair pour avoir besoin du moindre détail.

Art. III. *De quel jour la prescription commence-t-elle à courir contre la Légitime?*

I. La prescription contre un droit quelconque ne commence à courir que du jour de l'ouverture de ce droit, parceque le créancier ne peut pas agir auparavant, et qu'on ne peut jamais prescrire contre celui qui est dans l'impuissance de former sa demande. Or, on verra ci-après, sect. 9, §. 1, que l'action en paiement de la Légitime n'est ouverte qu'au moment de la mort naturelle ou civile de celui sur les biens duquel elle doit être prise; ce n'est donc que de ce moment que la prescription peut courir contre le légitimaire; et telle est la disposition expresse de l'art. 38 de l'ordonnance de 1731: « la prescription ne pourra commencer à courir en faveur des donataires contre les légitimaires, que du jour de la mort de ceux sur les biens desquels la Légitime sera demandée ».

Cette décision, dit Furgole, « doit avoir lieu, quand même on se rencontrerait dans quelqu'un des cas auxquels le père peut être obligé de représenter la Légitime, parceque ce n'est que par une action extraordinaire que la Légitime peut être demandée dans ces cas, et que d'ailleurs notre article ne distingue point et n'excepte rien ».

II. Il y a cependant plusieurs cas où la prescription ne commence point au jour du décès.

III. Le premier est lorsque le légitimaire est mineur; car on ne peut prescrire contre lui que du moment de sa majorité.

IV. Le second est lorsque l'enfant, quoique majeur, est soumis à la puissance paternelle; car l'usufruit de la Légitime qu'il a recueillie dans la succession de sa mère ou de son aïeul maternel, appartient de plein droit à son père; et il est de principe que la prescription ne court jamais contre un fils de famille pendant que son père jouit de ses biens: c'est la disposition de la loi 1, C. *de bonis maternis*; de la loi 1, §. 2, C. *de annali exceptione*; de la loi 4, C. *de bonis quæ liberis*.

V. Le troisième cas est marqué par d'Olive: « si les enfans vivans en commun (dit-il), ont été nourris sur les biens de l'hérédité, cette prescription ne court pas contre eux en cette rencontre depuis la mort de leur père, mais depuis seulement qu'ils ont cessé d'être nourris sur ses biens; parceque, recevant journellement leur nourriture sur le patrimoine du défunt, ils sont censés être en possession de leur Légitime, que la nature et la loi ont substituée aux alimens; et ainsi on ne peut leur opposer la prescription, qui ne court jamais contre celui qui possède, *cùm per detentionem etiam præteriti temporis fiat interruptio*, dit l'empereur Justin, l. 7, §. 5, C. *de præscriptione* 30 *vel* 40 *annorum*. Ainsi jugé le 10 janvier 1630 en la première des enquêtes, et le 26 août 1636 en la deuxième». — Despeisses cite pareillement un arrêt de 1634, qui a jugé pour la non-prescription d'une Légitime de 3,000 livres due à une fille qui avait été nourrie par son frère héritier, pendant environ cinquante ans, quoiqu'elle eût laissé écouler tout cet intervalle sans rien demander. — Il y en a un autre du 11 juillet 1742, rapporté par Ferrières en son *traité des tutelles*, qui a décidé que la nourriture prise par intervalle sur les biens de l'héritier, suffit au légitimaire pour interrompre la prescription; et « en effet (dit Roussilhe), cette nourriture étant considérée comme un paiement ou jouissance de droit, elle doit opérer le même effet qu'un paiement; et de même que le paiement interrompt la prescription, de même la nourriture qui a été fournie aux mêmes fins, doit aussi l'interrompre ». — « Nous tenons pour maxime (dit également Julien, sur les statuts de Provence, tome 2, page 582), que tant que le légataire ou le portionnaire d'une succession est nourri dans la maison et sur les biens de l'héritage, nulle prescription ne peut

Source : BIU Cujas

courir contre lui.... C'est la jurisprudence que nous suivons. Boniface, tome 4, liv. 9, tit. 1, chap. 17, rapporte un arrêt du parlement d'Aix, du 24 janvier 1664, par lequel il fut jugé que la prescription n'avait point couru contre un frère légataire de 6,000 liv., et ne pouvait être opposée à son héritier, quoiqu'il se fût écoulé plus de trente ans depuis la sentence que ce légataire avait obtenue, portant adjudication de son legs. La raison fut que le frère, dans cet intervalle, ayant été nourri sur les biens du père, la prescription n'avait pas couru contre lui. La même chose fut jugée par arrêt du 13 juin 1731, au rapport de M. de Saint-Marc, entre Augustin Fabre et M. Mathieu Fabre, prêtre, curé de la Ciotat ».

VI. Enfin, toutes les fois que le légitimaire est empêché d'agir par un obstacle légal, ses droits sont à l'abri de la prescription : c'est une conséquence nécessaire de la règle, *non valenti agere non currit præscriptio.*

C'est une question si cette même règle peut empêcher le tiers acquéreur d'un bien donné par un père, de se prévaloir de la prescription qu'il prétend avoir acquise pendant la vie du donateur, contre l'action en retranchement de la Légitime. — Lebrun propose en ces termes les raisons de douter : « Si l'on considère la personne du tiers détenteur, y a-t-il rien de plus favorable? son titre et sa bonne foi ne le mettent-ils pas à couvert de cette recherche. D'ailleurs, on suppose la prescription acquise au temps que la Légitime a commencé d'être due : ainsi, se pourra-t-il faire que pour un titre qui ne se forme qu'aujourd'hui, on donne atteinte à un titre antérieur, qui est confirmé par une possession? Enfin, il semble qu'il faut faire une grande différence entre le douaire, qui est une propriété aux enfans dès l'instant du mariage, et pour lequel il y a un article précis dans la coutume, qui porte *qu'il ne pourra être aliéné par les père et mère à leur préjudice*, et la Légitime, pour laquelle on n'a rien établi de semblable. Le douaire prévient le titre du tiers détenteur; mais la Légitime survient après ce titre, et dans notre espèce, après une prescription ». — Mais Lebrun lui-même réfute parfaitement ces raisons; et après avoir exposé dans un grand détail toutes celles qui militent en faveur du Légitimaire, il se résume en ces termes : « Je vois ici toutes les conditions qui peuvent empêcher qu'une chose ne soit prescrite; une disposition de la loi qui défend au père de donner son bien, sinon en réservant la Légitime à ses enfans; une impuissance absolue d'agir, le légitimaire ayant plus les mains liées que la femme pour son douaire, ni pour sa dot, et que le substitué; et cependant un droit qui prévient et qui empêche la validité de la donation et la prescription du tiers acquéreur ».

SECTION VI. *De la quotité de la Légitime.*

I. Dans l'ancien droit romain, la Légitime des enfans, des ascendans et des frères, était fixée indistinctement au quart des biens qu'on aurait eus *ab intestat.* C'est ce qui résulte de la loi 8, §. 8, D. *de inofficioso testamento*, et de la loi 6, C. du même titre.

Justinien a changé totalement cette jurisprudence. La novelle 18, chap. 1, distingue le cas où il se trouve quatre enfans ou un moindre nombre, d'avec celui où il y en a davantage. Au premier cas, elle leur donne pour Légitime le tiers de ce qu'ils auraient pris dans la succession *ab intestat;* en sorte qu'un enfant unique doit avoir le tiers de tous les biens; celui qui a un frère, un sixième; celui qui en a deux, un neuvième; et celui qui en a trois, un douzième. Au second cas, c'est-à-dire, lorsque les enfans sont au moins au nombre de cinq, ils ont tous ensemble pour Légitime la moitié des biens; cette moitié se partage entre eux, et par ce moyen leur portion légitimaire est toujours la moitié de la part qu'ils auraient eue ab intestat. *Hæc nos moverunt corrigere legem..... talique modo determinare causam, ut si quidem unius est filii pater aut mater, aut duorum, vel trium, vel quatuor, non triuncium eis relinqui solùm, sed etiam tertiam propriæ substantiæ partem : hoc est, uncias quatuor, et hanc esse definitam mensuram usque ad prædictum numerum. Si verò ultrà quatuor habuerint filios, mediam eis totius substantiæ relinqui partem, ut sexuncium sit omninò quod debetur, singulis ex æquo quadruncium vel sexuncium dividendo.*

II. Il n'est point fait dans cette loi une mention expresse de la Légitime des ascendans; mais tous les interprètes sont d'avis qu'elle est virtuellement comprise dans l'augmentation dont il s'agit : et en effet, la novelle, après avoir déterminé la Légitime des enfans, finit par dire que la même disposition aura lieu à l'égard de tous ceux à qui les lois antérieures donnaient un quart pour leur Légitime : *hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege decreta est.*

Lebrun fait à ce sujet une observation visiblement erronée : « Cette augmentation (dit-il), ne va pas au-delà du tiers, c'est-à-dire, que les ascendans ne peuvent jamais avoir que quatre onces dans les douze, parcequ'ils ne peuvent jamais être plus de quatre; savoir, le père et la mère, ou bien les deux aïeuls de chaque côté ». — Il peut arriver qu'un enfant ait huit bisaïeuls : savoir, le père et la mère du père de son père, le père et la mère de la mère de son père, le père et la mère du père de sa mère, et le père et la mère de la mère de sa mère. Il est donc faux, comme le prétend Lebrun, que les ascendans ne puissent jamais être plus de quatre pour succéder, et par conséquent que leur Légitime ne puisse jamais être de la moitié de leur portion *ab intestat.*

Il y a même un cas où le père et la mère peuvent avoir cette moitié; c'est Lebrun qui en fait la remarque : « Lorsque le testateur, dit-il, a institué

Source : BIU Cujas

une personne infâme, les frères ont la querelle d'inofficiosité (conjointement avec les ascendans), et font casser avec eux l'institution, s'ils ne sont remplis de leur Légitime »; et alors il suffit, pour porter la portion du père et de la mère à la moitié, que le défunt ait laissé trois frères.

III. Les auteurs sont partagés sur la question de savoir si la Légitime des frères, dans les cas où elle a lieu, est encore fixée au quart, comme dans l'ancien droit, ou si elle est augmentée par le chap. 1 de la nov. 18.

Le premier parti a pour défenseurs Alexandre, Cagnolus, Mathieu *de afflictis*, Lebrun et Voët: leur raison est que le préambule de la loi citée ne parle que de la Légitime fondée sur le droit naturel, *nitimur aliquid adinvenire semper naturæ consequens;* ce qui semble faire entendre que la Légitime des frères doit demeurer soumise aux anciennes règles. Ils ajoutent que les derniers termes du chap. 1 restreignent la disposition de ce texte à ceux à qui il est dû une Légitime *ab initio;* qu'ainsi on ne peut pas l'appliquer aux frères, puisqu'ils n'ont droit à une portion légitimaire, que quand le défunt a institué une personne infâme, et par conséquent *ex post facto*. Enfin Lebrun dit, et c'est sa seule raison, « que les frères ne peuvent venir contre la disposition que dans le seul cas (dont on vient de parler), et que dans ce cas ils n'ont pas une simple Légitime, mais ils font casser la disposition pour le tout ».

Le parti de l'augmentation de la Légitime des frères, est soutenu par Gabriel en son conseil 126; par Cujas sur la novelle 18; par Fachinée en ses *Controverses*, liv. 4, ch. 28; par Mathieu, d'Utrecht, *de success.*, disp. 6, thes. 3; par Vandepoll, *de exheredatione*, ch. 64: les moyens qu'emploient ces auteurs paraîtront sans doute supérieurs aux motifs de l'opinion contraire. — En voici la substance.

Il n'est point dit dans la novelle 18, que l'augmentation n'aura lieu que pour ceux dont la Légitime est de droit ordinaire; cette loi ne renferme aucune restriction de cette nature; elle veut au contraire que sa disposition soit commune à toutes les personnes qui avaient droit de Légitime suivant les lois précédentes: *hoc observando in omnibus personis in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege decreta est:* et certainement les frères étaient de ce nombre, puisqu'il y a même dans le Digeste plusieurs textes (ils sont rapportés ci-dessus), qui leur donnent la querelle d'inofficiosité dans les cas où le défunt ne leur a point laissé leur quarte légale.

C'est abuser du mot *ab initio*, que d'en conclure que l'empereur Justinien a voulu borner sa novelle à ceux dont la Légitime est due absolument, sans aucun rapport à la qualité des personnes instituées. Cette expression ne peut s'entendre raisonnablement que du droit ancien; et, suivant cette interprétation, il est évident que les frères sont compris dans le passage cité.

A l'égard du préambule, tout ce qui peut en résulter, c'est que le principal motif de Justinien, en faisant sa novelle, a été d'assurer la subsistance des enfans; aussi n'est-il question que d'eux dans tout ce préambule: mais comme cela n'empêche pas qu'on n'applique les derniers termes du ch. 1 au père, à la mère et aux autres ascendans, on ne doit pas non plus en inférer que les frères ne sont pas compris dans la même disposition.

Quant à la raison sur laquelle se fonde Lebrun, ce n'est qu'un vain sophisme. Il est vrai, comme il l'avance et comme on l'a démontré ci-dessus, que les frères peuvent faire casser pour le tout l'institution des personnes infâmes appelées à leur préjudice et à leur exclusion; mais conclure de là qu'ils n'ont pas un véritable droit de Légitime dans le cas d'une pareille institution, c'est vouloir que les enfans eux-mêmes ne puissent jamais l'avoir dans le système des lois romaines, puisque, suivant ces lois, toute institution faite à leur entière exclusion est radicalement nulle. Parlons donc plus juste; les frères ne sont pas bornés à la demande d'une simple Légitime, lorsque le défunt les a passés sous silence pour instituer une personne vile ou infâme; ils font annuller toute la disposition, et en ce point leur condition est égale à celle des enfans dans le droit écrit: mais, de même que dans le droit écrit, il faut qu'un père laisse une Légitime à ses descendans, s'il veut les empêcher de quereller son testament; de même quand un frère veut mettre les personnes infâmes qu'il institue, à l'abri des poursuites de ses frères, il est indispensable qu'il laisse à ceux-ci une portion légitimaire; et dès qu'il le fait, son testament ne peut être attaqué du chef des héritiers qu'il a choisis. C'est ce que nous avons fait voir dans la section précédente, §. 3; et c'est ce qui prouve combien peu est soutenable le raisonnement que nous oppose Lebrun.

Il faut donc regarder comme une vérité constante, que la Légitime des frères ne diffère, quant à la quotité, ni de celle des enfans, ni de celle des ascendans, et que ces trois espèces de parts légales, et, pour ainsi dire, sacrées, doivent toujours être fixées au tiers de la portion *ab intestat*, quand il n'y a que quatre légitimaires, et à la moitié, quand il y en a un plus grand nombre.

IV. Quoique justes admirateurs du droit romain, nous ne pouvons disconvenir qu'il y a dans cette fixation, une injustice qui frappe à la première vue. Il en résulte en effet que cinq enfans ont une Légitime plus considérable que quatre, puisque les cinq ont un dixième, et que les quatre n'on qu'un douzième: « Cela se vérifie dans cet exemple (c'est Lebrun qui parle), où on suppose, d'une part, qu'un père ait laissé 12000 livres de biens et quatre enfans; car, en ce cas, chacun des enfans aura 1000 livres pour sa Légitime, puisqu'ils ont le tiers entre eux, c'est-à-dire, quatre onces dans les douze, et 4000 livres dans les 12000. Cependant, si on suppose, d'autre part, qu'ils sont cinq enfans, ils auront chacun 1200 livres; car ils auront six onces

Source : BIU Cujas

entre eux dans les 12, et 6000 liv. dans les 12000 livres; ce qui, étant partagé entre eux, leur produira 1200 livres à chacun. Or, il est difficile de rendre une bonne raison pourquoi, lorsqu'il n'y a que quatre enfans, chacun d'eux a moins pour sa Légitime que lorsqu'il y en a cinq; car le contraire devrait arriver ».

Cet inconvénient a déterminé les rédacteurs de la nouvelle coutume de Paris à fixer indistinctement la quotité de la Légitime à la moitié de la portion *ab intestat;* voici les termes de cette coutume, art. 298 : « La Légitime est la moitié de telle part et portion que chacun eût eue en la succession desdits père et mère, aïeul ou aïeule, ou autres ascendans, si lesdits père et mère ou autres ascendans n'eussent disposé par donations entre-vifs ou de dernière volonté ; sur le tout déduit les dettes et frais funéraux ».

Les coutumes d'Orléans, art. 274, de Calais, art. 85, du bailliage de Saint-Omer, art. 27, de la châtellenie d'Aire, art. 37, renferment absolument la même disposition et presque dans les mêmes termes. L'art. 49 de Chauny porte également que la « Légitime est la moitié de ce qu'eût pu succéder ledit enfant *ab intestat* ». On la retrouve encore dans une loi de 1686, qui est particulière à la ville de Nimègue, et citée par Vandepoll.

V. D'autres coutumes, guidées par le même esprit, ont adopté des quotités toutes différentes, mais pareillement fixes et indépendantes du nombre des légitimaires.

Ces coutumes sont de deux sortes : les unes diminuent la quotité réglée par la novelle 18, les autres l'augmentent.

Les premières sont Bordeaux, Montpellier et Normandie.

VI. Voici ce que porte l'art. 57 de la coutume de Bordeaux : « Si celui qui décède a père, ou mère, ou autres ascendans, iceux père ou mère, ou autres ascendans succèderont au tiers, les trois faisant le tout, desdits biens venus par succession, pour leur Légitime : et si l'enfant avait frères ou sœurs, le tiers sera divisé également entre le père, la mère, et les frères et sœurs survivans. » — Cette disposition, bornée, comme on le voit, à la Légitime des ascendans, la fixe invariablement au tiers ; et par-là elle déroge à la novelle 18, qui la porte à la moitié lorsque les ascendans forment, soit entre eux, soit en y comprenant les frères du défunt, un nombre au-dessus de quatre.

VII. L'art. 50 du statut local de Montpellier, laisse la quotité de la Légitime à l'arbitrage du testateur qui la doit ; en sorte que dans cette ville, le légitimaire est toujours obligé de se contenter de ce qui lui a été légué ou donné, sans pouvoir demander un supplément de Légitime.

Mais cette disposition n'a pas été long-temps exécutée à la lettre. Nous voyons dans le recueil de Maynard, liv. 7, chap. 17, que la jurisprudence du parlement de Toulouse l'avait interprétée de manière que les habitans de Montpellier pouvaient ne laisser à leurs enfans que la moitié de la Légitime, mais que s'ils laissaient moins, il y avait lieu à la demande de la Légitime entière.

L'art. 52 de l'ordonnance de 1735, a fait plus : il a entièrement abrogé le statut de Montpellier, en déclarant que la demande en supplément de Légitime aurait lieu à l'avenir *dans les pays mêmes où ladite demande n'a pas été admise jusqu'à présent, ou a été prohibée dans certains cas.*

On pourrait cependant objecter que cet article ne parle que de ceux *à qui il aura été laissé moins que leur Légitime à titre d'institution;* qu'ainsi, il ne peut pas être appliqué au statut de Montpellier, qui dispense nettement les pères et les mères de la nécessité d'instituer leurs enfans dans ce qu'ils leur laissent.

Mais cette objection trouve sa réponse dans l'art. 55 de la même ordonnance, qui confirme les *coutumes, statuts ou autres lois particulières observées dans quelques uns des pays régis par le droit écrit, qui permettent expressément de laisser la Légitime à autre titre que celui d'institution*, et ordonne que *la demande en supplément de Légitime pourra être formée audit cas, ainsi qu'il est porté par l'art.* 52.

Une objection plus spécieuse serait de dire que la coutume de Montpellier fixe la Légitime des enfans à ce qui leur a été donné ou légué par leurs pères et leurs mères ; qu'ainsi, il ne peut pas être question de supplément de Légitime dans cette coutume, puisque l'ordonnance n'a point entendu déroger aux lois particulières qui avaient diminué expressément la quotité déterminée par le droit commun.

Mais il n'est point vrai que l'art. 50 du statut de Montpellier règle, à proprement parler, la mesure de la Légitime sur celle des libéralités faites pour en tenir lieu. Cet article suppose au contraire que la Légitime de droit a lieu à Montpellier ; il défend seulement d'en former la demande lorsque le testateur a laissé quelque chose, *quid minimum*, à ceux qui en avaient le droit : aussi n'a-t-on jamais douté en cette ville, qu'un enfant entièrement passé sous silence par son père, ne pût réclamer une Légitime sur le pied réglé par la novelle 18.

VIII. La coutume de Normandie est, des trois que nous avons citées, celle qui a fait la réduction la plus générale à la quotité ordinaire de la Légitime. On a déjà vu qu'elle ne donne aux enfans, en quelque nombre qu'ils soient, que le tiers des biens de leur père pour toute Légitime. « Elle n'a point été assez libérale (dit Basnage), sur-tout lorsqu'il reste un grand nombre d'enfans ; mais c'était beaucoup faire, que d'obtenir ce tiers, et d'adoucir la dureté de l'ancienne coutume, qui ne leur conservait aucune part dans les biens de leur père ».

Ce tiers, suivant l'art. 402, se partage entre les enfans légitimaires, *selon la coutume des lieux où*

Source : BIU Cujas

les héritages sont assis, à laquelle n'est en rien dérogé pour le regard des partages, et sans préjudicier aux droits des aînés, et n'y pourront avoir les filles que mariage avenant.

Ainsi, aux termes de cet article, la condition des filles par rapport à leur droit de Légitime, n'est pas la même lorsqu'elles ont des frères, que quand elles n'en ont pas.

Au premier cas, elles prennent le tiers coutumier en toute propriété; au second, elles n'y peuvent prétendre qu'un *mariage avenant*, c'est-à-dire, comme le définit Basnage, *quelque chose moins que le partage*, ou, pour parler plus nettement, une portion convenable et proportionnée tant à l'état de la fille qu'au montant de la succession, et qui, suivant l'art. 262 de la coutume, *doit être estimée par les parens.*

Nous ne nous étendrons pas ici sur les questions relatives à cette estimation; on les trouvera discutées à l'article *Mariage avenant.*

Nous venons de dire que le tiers coutumier de Normandie se partage entre tous les enfans, et l'on a vu plus haut qu'ils ne peuvent l'obtenir qu'en renonçant à la succession. De là naît la question de savoir quelle sera la Légitime d'un enfant qui a renoncé, dans le cas où ses frères se seront déclarés héritiers?

Cette question en renferme deux: la première, si, pour donner ouverture au tiers coutumier, il faut que tous les enfans renoncent; la seconde, si, en supposant que la renonciation de quelques uns seulement suffise à leur égard, les renonçans doivent avoir tout le tiers à partager entre eux, ou s'ils n'y peuvent prendre que la portion à laquelle ils auraient été bornés, si tous leurs frères avaient renoncé.

L'art. 401 de la coutume de Normandie avait décidé clairement la première question pour l'affirmative: *Et ne pourront les enfans accepter ledit tiers, si tous ensemble ne renoncent à la succession paternelle;* mais, dit Basnage, « cet article, de la manière qu'il est conçu, a produit de nouveaux inconvéniens.... Il paraissait rigoureux pour les enfans qu'ils fussent privés de la grace qui leur était accordée par cette nouvelle loi, lorsque quelques uns d'entre eux, ou par malice, ou par imprudence, se portaient héritiers de leur père.....». Cette considération a fait interpréter la coutume d'une manière qui, en décidant pour la negative la première des questions proposées, termine en même temps la seconde difficulté. « C'est ce qui paraît (continue Basnage), par l'arrêt que rapporte Béraut: car des enfans ayant demandé leur tiers entier au décret des biens de leur père, et les créanciers les en ayant fait débouter, à cause que l'un des frères s'était rendu héritier, sur l'appel de cette sentence par les enfans, elle fut cassée; mais on leur adjugea seulement leur portion au tiers coutumier qu'ils auraient eue, si tous leurs frères avaient renoncé: ainsi, quoique tous les enfans n'eussent pas renoncé, on ne laissa point de recevoir ceux qui avaient répudié la succession à demander leur Légitime; mais on ne leur accorda que la part qui leur aurait appartenu, si tous avaient renoncé. La même chose fut jugée par arrêt du 13 décembre 1646; et, conformément à ces arrêts, par l'art. 89 du règlement de 1666, *les enfans n'ont pas le tiers entier, si tous n'ont renoncé; mais celui qui aura renoncé, aura la part audit tiers qu'il aurait eue, si tous avaient renoncé*».

IX. Si les coutumes que nous venons de passer en revue, ont diminué la quotité à laquelle Justinien avait fixé la Légitime, il y en a en revanche d'autres qui l'ont augmentée.

Carvalho nous apprend qu'en Portugal, la Légitime consiste dans les deux tiers; et qu'en Castille, elle s'élève jusqu'aux quatre quints de la succession *ab intestat.*

La coutume d'Audenarde porte, rubr. 8, art. 1, qu'on ne peut donner entre-vifs ni par testament *au-dessus du tiers des biens, au préjudice des ascendans ou des enfans, comme aussi des frères et des sœurs, lorsque la donation serait faite à personne infâme.* C'est fixer bien clairement la Légitime aux deux tiers des biens.

X. Mais revenons au droit commun.

Quelque raisonnable que soit le motif qui a engagé certaines coutumes à déterminer la quotité de la Légitime d'une manière absolue et sans la laisser dépendre du nombre des légitimaires, il ne paraît pas avoir été senti par les rédacteurs de plusieurs autres coutumes, qui ont laissé subsister la quotité des lois romaines.

Telle est celle de Bourgogne, qui s'exprime ainsi, chap. 7, art. 7: « Et en cas que par ladite disposition ou partage, fût moins laissé aux enfans que la Légitime, qui par droit écrit leur appartient, c'est à savoir le tiers de ce que chacun d'eux eût reçu *ab intestat*, s'il y a quatre enfans ou moins, ou la moitié, s'il y en a un plus grand nombre ».

La coutume de Berry fait entendre clairement qu'elle adopte la même quotité; voici ce qu'elle porte, tit. 7, art. 10: « Pourront les père et mère, et chacun d'eux, donner librement à l'un ou plusieurs de leurs enfans...., en laissant la Légitime, *telle que de droit*, aux autres ». Ces mots, *telle que de droit*, se réfèrent visiblement à la Novelle 18; c'est la remarque de Labbé et de Brodeau sur cet article; et l'on n'y trouvera aucune difficulté, si l'on fait attention que la coutume de Berry a été rédigée par M. le premier président Liset, l'un des plus zélés partisans du droit romain (1).

---

(1) Il faut cependant observer que cette disposition n'est pas observée dans le bailliage d'Issoudun, « où, par un usage particulier et local, on observe l'art. 298 de la coutume de Paris pour le règlement de la Légitime. Jugé par l'arrêt de Montmarteau, du 23 mars 1602, et par autre arrêt donné en la chambre de l'édit le 6 mai 1651 ». (*Note de Brodeau.*)

Source : BIU Cujas

On lit pareillement dans la coutume d'Orchies, chap. 2, art. 1 : « Toutes personnes de franche et libre condition peuvent et leur est permis de, par testament ou autre dernière volonté, disposer, donner, légater et ordonner de leurs héritages...., *sauf aux enfans la Légitime, selon droit* ». L'observation que nous venons de faire sur la coutume de Berry, reçoit ici une application d'autant plus juste, que le décret d'homologation de la coutume d'Orchies veut qu'*ès cas non déclarés par* cette loi...., *on se règle..... selon le droit écrit commun.*

La coutume de Melun s'exprime à peu près de même : « Chacun (dit-elle, art. 232), peut, par donation entre-vifs, disposer de tous ses biens à son plaisir à personnes capables...., délaissée toutefois la Légitime à ses enfans, *selon le droit* ». — Brodeau a mis sur ces derniers mots une note ainsi conçue : « Donc, en cette coutume, la Légitime des enfans se règle suivant la disposition du droit écrit, et non conformément à la coutume de Paris, art. 298, quoique voisine..... ; et tel est l'usage, comme j'ai appris des officiers et praticiens de Melun ».

Il faut dire la même chose relativement à l'art. 253 de la coutume de Reims, qui ordonne au père et à la mère de réserver à leurs enfans *la Légitime, selon la raison écrite.*

La coutume de Vermandois, art. 52, dit également qu'un père peut avantager un de ses enfans au-dessus des autres, *réservant toutefois à iceux leur Légitime, selon raison écrite ;* « c'est-à-dire, (remarque Brodeau), que la Légitime, en cette coutume et autres particulières du Vermandois, se règle suivant la disposition du droit romain, et non suivant l'art. 298 de la coutume de Paris ». — Cette assertion est appuiée d'un arrêt du 4 décembre 1640, rendu pour Ribemont, et confirmatif d'une sentence du juge local, du 27 novembre 1638. Cette sentence, dit Brodeau, « portait, qu'en la coutume de la prévôté de Ribemont la Légitime entre quatre enfans et au-dessous, est la troisième partie, et entre cinq et au-dessus la moitié de ce que chacun d'iceux eût pu prendre en tous les biens où ils pourraient succéder, cessant les dispositions au contraire, toutes charges préalablement déduites, même les frais funéraux ; ce qui serait suivi et exécuté entre les parties, nonobstant choses dites et proposées au contraire par les appelans ».

XI. C'est une question bien intéressante de savoir si les dispositions des coutumes que nous venons de parcourir, et celle du droit romain dont elles sont tirées, doivent être étendues aux coutumes qui n'ont point fixé la quotité de la Légitime, ou s'il faut adapter à celles-ci l'art. 298 de la coutume de Paris, comme la loi la plus équitable qu'il y ait en France sur cette matière.

On convient assez généralement que le premier parti doit prévaloir dans toutes les coutumes qui renvoient au droit romain la décision des cas omis ou imprévus. — « L'arrêt de Chabannes l'a ainsi décidé pour la coutume de la Marche », dit Rousilhe. — Il en est de même, suivant Lebrun, dans celles d'Auvergne et de Bourbonnais, qui *frayent presque toujours avec le droit romain.* C'est aussi ce qu'attestent Prohet et Brodeau, l'un sur l'art. 32 du tit. 12 de la coutume d'Auvergne, l'autre sur l'art. 219 de la coutume de Bourbonnais ; voici les termes de ce dernier : « La Légitime, par l'usage constant et notoire de la province de Bourbonnais, se règle suivant la disposition du droit romain, et non suivant la coutume de Paris ; j'en ai coté un arrêt donné en cette coutume sur l'art. 10 du tit. 7 de la coutume de Berry » ; — Et cet arrêt est du 16 mai 1651.

Un arrêt du parlement de Flandre, du 7 avril 1690, a jugé la même chose dans les coutumes de Tournai et de la châtellenie de Lille, qui s'interprètent constamment par les lois romaines. Il s'agissait de régler la Légitime de la dame de Hauteroche dans la succession de son père. Comme elle n'avait qu'un frère, la cour lui a adjugé le tiers de la portion qu'elle aurait eue *ab intestat*, c'est-à-dire, le sixième des meubles régis par la coutume de Tournai, le tiers du quint des fiefs de la châtellenie de Lille, et le sixième des acquêts de la même province. Cet arrêt est le vingtième du recueil du président Dubois d'Hermanville.

Environ onze ans auparavant, le 7 septembre 1679, la même chose avait été décidée dans la coutume de Douai, par un arrêt que je trouve dans les mémoires du temps. Voici comment il est conçu : « Et faisant droit sur le surplus, déclare que par le testament et codicille d'Anne Lemarnier, veuve en dernières nôces de Jean Laubgeois, les enfans de Jacques Laubgeois sont chargés de fidéicommis au profit de feu Laurent Desmoulin, mais que les défendeurs sont fondés d'en distraire la Légitime desdits enfans, qui serait un tiers du tout, sauf les imputations, telles que de droit ».

Cette jurisprudence s'est maintenue jusqu'à nos jours dans toute sa vigueur : témoin l'arrêt rendu à Douai le 9 août 1773, au rapport de M. Hennet, qui donne acte au sieur de Lannoy de Beaurepaire, réduit a sa Légitime par le testament de son père, de l'offre du sieur de Lannoy d'Anappe, son frère, « de lui laisser suivre le tiers du quint des fiefs situés en Artois, Tournesis et châtellenie de Lille, etc. ».

XII. Mais que faut-il décider par rapport aux coutumes où le droit romain ne sert que de raison écrite ?

Plusieurs auteurs ont pensé qu'on devait y suivre la Novelle 18, préférablement à l'art. 298 de la coutume de Paris. Coquille était même si pénétré de cet avis, qu'il faisait des vœux pour l'émanation d'une loi qui l'eût réformé ; et Ricard l'a appuyé de deux raisons très spécieuses. — La première est que le droit romain a été observé dans toute la France, depuis Jules-César jusqu'au déclin de la seconde race de nos rois ; et qu'on la suit

Source : BIU Cujas

encore comme raison écrite dans les cas sur lesquels nos lois sont muettes. La seconde raison est, que la plupart de nos coutumes ont été rédigées avant celle de Paris ; que celle-ci est la première qui ait fixé indistinctement la Légitime à la moitié de la portion *ab intestat ;* qu'ainsi, les rédacteurs des autres n'ont pu avoir sa disposition en vue; et que lorsqu'ils ont parlé de la Légitime en général, ils n'ont pu penser qu'à celle qui est déterminée par le droit romain.

Si l'on opppose à Ricard l'équité de l'art. 298 de la coutume de Paris, et l'inconvénient de la Novelle 18, il répond, « qu'une plus grande équité ne suffit pas pour former une nouvelle décison, lorsqu'il y a déjà une loi établie au contraire ».

Cette opinion a été adoptée en plusieurs occasions par le parlement de Paris.

Le plus ancien arrêt que l'on en connaisse, est rapporté par Coquille, sur l'art. 7 du tit. 27 de la coutume de Nivernais : « On dit (ce sont ses termes) avoir été jugé par arrêt en la cause de Guillaume Legras, que la Légitime, en pays coutumier, est selon le droit romain ; l'arrêt est du lundi premier juin, l'an 1545 ».

Le second arrêt a été rendu pour la coutume de Chartres, le 20 août 1609. C'est ainsi, du moins, que Ricard le date, dans son *Traité des Donations;* mais le même auteur, sur l'art. 161 de la coutume de Senlis, le date du 20 août 1611.

Il y en a un troisième du 31 mars 1618 pour les coutumes de Blois, de Valois et de Vitry-le-Français, et un quatrième du premier avril 1620, pour celle de Senlis : celui-ci est rapporté par Leprêtre, dont le témoignage vaut sans doute bien celui d'Auzanet, qui le cite comme ayant jugé le contraire.

Dans le temps que cette cour jugeait ainsi pour les coutumes citées, elle rendait pour d'autres coutumes des arrêts qui préparaient le renversement de la jurisprudence défendue par Ricard.

Nous voyons dans le commentaire de Vrevin, sur la coutume de Chauny, que celui du 31 mars 1618, qu'on cite seulement pour Blois, Valois et Vitry, a été aussi rendu pour la coutume d'Anjou, et qu'il a fixé à la moitié du tiers d'un bien situé dans cette province, la Légitime d'une fille qui n'avait que deux frères. Celui du premier février 1620 a pareillement jugé que la Légitime, dans les coutumes de Troyes et d'Amiens, devait être réglée par la coutume de Paris. On peut donc dire qu'à l'époque où finissent les arrêts cités par Ricard, il n'y avait encore rien de certain sur cette question.

Elle se renouvela en 1661 pour la coutume de Troyes; son importance et la nécessité de fixer les opinions sur un objet aussi intéressant, la firent discuter avec tout l'éclat dont elle était susceptible; on demanda l'avis de toutes les chambres et de l'ordre des avocats. « Les suffrages (dit Ricard), se sont trouvés partagés; mais on a remarqué que ceux qui étaient dans la réputation de savoir les maximes, se sont trouvés d'avis de suivre le droit civil ». Cependant, par arrêt du 31 août 1661, il fut jugé que la Légitime qu'il s'agissait de liquider, serait réglée par l'art. 298 de la coutume de Paris. S'il en faut croire Ricard, qui dit l'avoir appris de quelques uns des juges, cet arrêt « a été fondé sur ce que Me Louis Legrand, nouveau commentateur de la coutume de Troyes, atteste, sur l'art. 95, n. 9, que la disposition de la coutume de Paris est observée en cette occasion en celle de Troyes, par un commun usage, après plusieurs jugemens rendus sur les lieux, confirmés par arrêts ».

Cette particularité tirait absolument l'arrêt de la thèse générale, et laissait la question entière : mais peu de temps après, le 10 mars 1672, il en est intervenu un qui a décidé nettement et *in terminis*, qu'il fallait adapter aux coutumes muettes l'art. 298 de celle de Paris. Il en est fait mention au Journal du palais, tome 1, page 203; et nous voyons dans les notes sur Ricard, qu'il a été rendu contre les conclusions de M. l'avocat général Bignon.

Cette circonstance fit espérer à quelques plaideurs intéressés à soutenir l'opinion de Ricard, qu'elle pourrait encore trouver des partisans dans la magistrature; mais leurs espérances furent trompées. Voici ce que porte à ce sujet un arrêt du 6 septembre 1674, inséré dans le Journal des audiences : « Notredite cour, sans s'arrêter aux fins de non recevoir, pour connaître le supplément de la Légitime de René de Beuil en la succession de Beuil premier, comte de Sancerre, son père, réservé par l'arrêt du 6 août 1671, à prendre par les créanciers dudit René de Beuil sur les biens déclarés subsistués au profit des enfans dudit René de Beuil, par ledit arrêt, ordonne que la Légitime des enfans, ès coutumes de Poitou, Anjou, Touraine et de la Rochelle, en cas de substitution faite par les aïeuls au profit de leurs petits enfans, se règlera suivant l'art. 298 de la coutume de Paris; en sorte qu'au fait particulier dont est question, après la déduction des dettes sur tous les biens délaissés par ledit Jean de Beuil premier, comte de Sancerre, et situés èsdites coutumes, la Légitime dudit René de Beuil, son fils, sera de la moitié de tout ce qui restera desdits biens, tant en meubles qu'immeubles, les dettes et frais funéraires acquittés ».

Cet arrêt a été suivi, pour les coutumes de Poitou et de la Rochelle, de quatre autres arrêts qui en ont confirmé la décision.

Le prince de Carignan avait pris la qualité de légitimaire dans la succession de son aïeul; il s'y trouvait un propre situé en Poitou, dont il réclamait les deux tiers, soit à titre de Légitime, sur le fondement de l'arrêt du 10 juin 1624, rapporté ci-dessus, sect. 2, §. 3, soit à titre de réserve coutumière qu'il prétendait cumuler avec la Légitime de droit. « Par arrêt du 12 mars 1715 (dit Denisart),

Source : BIU Cujas

la Légitime du prince de Carignan fut fixée sur le pied d'un sixième (conformément à la coutume de Paris), par la raison que la princesse son aïeule avait laissé trois enfans, savoir, lui prince, le comte de Soissons, et la princesse de Baden ».

L'additionnaire de Lebrun rapporte aussi cet arrêt, et ajoute : « Il y a un autre arrêt rendu en la quatrième chambre des enquêtes, au rapport de M. l'Epine de Grainville, qui prononce que, sur les biens délaissés par la dame Doucet, *distraction sera faite, aux termes de* l'art. 298 *de la coutume de Paris, de la Légitime appartenante à* Jeanne-Françoise Moriceau sa fille, *avec restitution de fruits et de revenus.* La sentence avait été rendue par la conservation de Poitiers le 20 août 1747 ».

« Il y a (continue le même auteur), deux arrêts semblables en coutume de la Rochelle ; l'un du 21 janvier 1713, rendu en la deuxième chambre des enquêtes, au rapport de M. de Chavaudon ; l'autre, du 6 mars 1716, en la deuxième chambre des enquêtes, au rapport de M. Carré de Mongeron ».

Nous avons rapporté ci-dessus, sect. 1, un arrêt du 18 mars 1706, qui a jugé la même chose pour la coutume d'Amiens.

C'est ce qui a été pareillement décidé pour l'Artois, par l'arrêt des Coffin du 6 septembre 1752, et par un autre rendu en conséquence de celui-ci le 7 septembre 1765. Le premier ordonne que la Légitime de Me Jean-Antoine Coffin, avocat, dans les successions de son père et de sa mère mariés et domiciliés à Hesdin, « lui sera donnée quant à la quotité, aux termes de l'art. 298 de la coutume de Paris ». Le second liquide et fixe cette même Légitime à deux quints des fiefs, moitié des quatre quints qu'il aurait pris *ab intestat* : et comme il avait sept frères, l'arrêt lui adjuge un quatorzième des biens cottiers, catteux, effets mobiliers et dettes actives.

La raison de cette jurisprudence est que la quotité déterminée par la coutume de Paris remplit plus exactement l'objet de la Légitime que celle qui est fixée par la Novelle 18, et n'entraîne pas le même inconvénient.

Inutilement objecte-t-on avec Ricard, que la seule équité n'est pas un motif suffisant pour nous faire abandonner une loi positive ; une réponse victorieuse écarte cette objection : c'est que dans les coutumes dont il s'agit, la Novelle 18 n'a jamais eu force de loi, et que si elle y a quelquefois été considérée, ce n'a été que comme raison écrite, ce qui n'empêche pas qu'on ne puisse toujours la faire céder à de simples principes de justice et d'équité.

Pour mettre cette réponse dans tout son jour, il faut distinguer trois temps différens, ou plutôt, s'il est permis de parler ainsi, trois âges dans notre jurisprudence : le premier, avant la rédaction de nos coutumes ; le second, depuis cette rédaction jusqu'à l'arrêt de 1672 ; le troisième, depuis cet arrêt jusqu'à présent.

Dans le premier temps, nos usages étant fort obscurs, fort équivoques et peu développés, le droit romain leur servait d'interprétation, et suppléait à leur silence. C'est alors que Bouteiller écrivait dans sa Somme rurale, que la Novelle 18 servait de règle générale en France pour la quotité de la Légitime.

Dans le second temps, la jurisprudence commença à prendre une face nouvelle : les coutumes ayant été réformées par les plus habiles jurisconsultes et les magistrats les plus expérimentés, furent regardées comme un corps de lois municipales, et prirent le dessus ; mais les arrêts jugeaient tantôt en faveur du droit romain, tantôt en faveur des coutumes. Tout était incertain, et ce n'est que dans le troisième temps qu'on peut dire que la jurisprudence s'est fixée.

Ce troisième temps a commencé par le célèbre arrêt du 10 mars 1672, qui jugea que la coutume de Paris devait prévaloir sur le droit romain, pour régler la quotité de la Légitime dans les coutumes muettes, parceque le droit romain n'est point parmi nous une loi, mais une simple raison écrite, et que les coutumes au contraire forment notre droit commun. Celle de Paris, comme la principale du royaume, mérite sans doute la préférence sur les autres ; on ne peut d'ailleurs disconvenir qu'elle ne soit la mieux rédigée, et que les articles qui y ont été ajoutés lors de la dernière réformation, n'aient été tirés des arrêts antérieurs, dont les motifs ont par-tout le même poids et la même autorité.

XIII. Quelque constante que soit aujourd'hui la jurisprudence que nous venons d'exposer, elle n'a lieu que dans les pays où il ne s'en trouve point une contraire bien établie : comme elle tire toute sa force de l'usage, il est clair qu'elle peut être détruite par un usage tout différent. Il ne faut donc pas s'étonner si le parlement de Paris a encore jugé le 21 août 1742, au rapport de M. Coste de Champeron, que dans la coutume de Ponthieu, qui n'admet qu'un seul héritier en ligne directe, lors même qu'il y a plusieurs enfans, la Légitime de droit de celui qui est appelé *ab intestat*, consiste dans le tiers de tous les biens. Cet arrêt n'a été rendu que sur les preuves les plus positives de l'usage du Ponthieu sur cette matière : on en rapportait deux actes de notoriété, délivrés les 26 juin et 14 juillet 1724 ; le premier, par l'ordre des avocats de la sénéchaussée d'Abbeville ; le second, par les officiers du même siège. On citait outre cela, 1° une sentence du 18 avril 1690, qui avait jugé de même : 2° un arrêt du 7 septembre 1668, qui, suivant Maillart, « avait fixé au tiers la Légitime de l'aîné sur les propres de Ponthieu, et à la moitié sur les effets mobiliers » ; différence qui venait sans doute de ce que, dans l'espèce de l'arrêt, la succession mobi-

Source : BIU Cujas

lière n'était pas ouverte en Ponthieu : 3° l'arrêt du 22 juillet 1698, rapporté ci-dessus, « qui ordonne, à l'égard des biens situés en Ponthieu, qu'il en sera donné (au sieur Dauvillers, légitimaire) le tiers dès à présent pour le droit de Légitime dans lesdits biens; et pour régler si elle sera portée jusqu'à la moitié de la portion héréditaire que ledit Dauvillers aurait eue *ab intestat*, ordonne que les parties rapporteront... des actes de notoriété... ». — Ce sont ces monumens de l'usage du Ponthieu sur la quotité de la Légitime, qui ont servi de motif à l'arrêt du 21 août 1742. On opposait, à la vérité, celui du 1er février 1620, qui avait étendu à cette province l'art. 298 de la coutume de Paris : mais on a regardé cette décision comme rendue sur la thèse générale, plutôt que sur l'usage particulier du Ponthieu, et conséquemment comme le fruit d'une erreur de fait.

XIV. Dès que l'on connaît les maximes et les usages de chaque pays touchant la quotité de la Légitime, il est facile de la déterminer par rapport à une succession composée de biens situés en différentes provinces. La Légitime est un droit réel; et les lois qui la défèrent ou qui la règlent, sont des statuts réels, dans le vrai sens de ce terme. Ainsi, ce n'est ni à la loi du domicile du défunt, ni à celle de la naissance des légitimaires, qu'on doit s'arrêter pour cet objet : mais il faut considérer chaque coutume en particulier, et, sans faire attention aux autres, distraire des biens qu'elle régit, la portion légitimaire qu'elle a fixée.

Il y a dans le recueil de Papon un arrêt qui nous apprend que cette vérité si simple a autrefois été combattue en justice, mais sans succès. — « Le 5 février 1541, fut décidé par arrêt (au rapport de M. de l'Hôpital), que si le testateur, demeurant en pays de droit écrit, et ayant biens en plusieurs provinces, tant coutumières que de droit écrit, par le testament institue l'un de ses enfans héritier universel, les autres prendront leur Légitime et portions, telles que la disposition de chacun pays où les biens seront situés porte, soit de droit ou de coutume; savoir, ès pays de droit écrit, selon la computation de l'authentique *novissima* (ou Novelle 18), et ès autres pays tout ainsi que la coutume l'ordonne ».

Cette décision se justifie assez d'elle-même. Cependant si l'on était amateur de la voir appuyée de nouvelles autorités, on pourrait consulter les arrêts des 31 mars 1618, premier février 1620 et 22 juillet 1698; ils sont tous trois très précis et très formels sur la réalité du statut de la Légitime : le premier est rapporté par Vrevin; le second par Auzanet; le troisième est transcrit ci-dessus, sect. 1. Le parlement de Toulouse en a rendu un semblable, qu'on trouve dans le recueil de Maynard, liv. 7, ch. 17.

XV. Dans tout ce que nous avons dit jusqu'à présent sur la quotité de la Légitime, nous n'avons remarqué aucune différence entre les enfans d'un premier et ceux d'un second ou troisième mariage.

Les états de Navarre ont entrepris, en 1742, de détruire cette uniformité, en réglant par l'art. 4 des délibérations prises dans l'assemblée de cette année, « que les enfans des seconds mariages et autres subséquens n'auront pour eux tous, en quelque nombre qu'ils soient, sur la succession du père ou de la mère qui aura convolé, qu'une seule Légitime égale à celle d'un cadet du premier lit ».

Mais ce règlement ayant été présenté au parlement de Pau, pour être homologué, cette cour y a, dès le premier abord, trouvé des difficultés, « en ce que la délibération des états était contraire au droit commun et à l'art. 52 de l'ordonnance du mois d'août 1735 ». — Elle a ensuite arrêté qu'il en serait référé à M. le chancelier d'Aguesseau.

Voici ce qu'a en conséquence répondu ce magistrat : sa lettre est du 6 juin 1743. — « S'il s'agissait d'entrer à présent dans l'examen du fond de ce règlement, pour en peser la justice et la convenance, j'aurais besoin d'être instruit plus exactement, soit des anciens usages de la province de Navarre et de la jurisprudence de votre compagnie, soit de la possession où elle paraît être d'autoriser des règlemens de cette nature; et il faudrait sur-tout être bien informé de ce qu'il y a dans celui dont il s'agit, qui soit conforme aux règles anciennement observées dans la matière qui en est l'objet, et de ce qu'on veut changer dans ces anciennes règles, en introduisant un droit nouveau : mais il y a une question supérieure qui a été apparemment le motif de la consultation que vous m'avez faite, et qui consiste à savoir si le parlement a le pouvoir nécessaire pour approuver le règlement proposé par les États; et c'est en effet la première difficulté qui se présente naturellement à l'esprit sur ce sujet. Or, à n'envisager cette question que dans les vues générales de l'ordre public, il ne paraît pas au premier coup-d'œil, que ni les États ni le parlement même aient une autorité suffisante pour faire une espèce de loi nouvelle qui serve de règle dans les jugemens, et pour abroger celles qu'on y a observées jusqu'à présent. — Ainsi, il semble que tout se réduit à examiner si le règlement dont il s'agit, tend à établir en effet un droit nouveau, et à abolir celui qui était établi auparavant. — Il y a lieu même de croire, sans entrer dans une discussion plus profonde, que tel a été l'esprit de ceux qui présentent ce règlement à votre compagnie; ils le font assez entendre par l'exposition des motifs de leur avis, et encore plus par les termes mêmes de ce règlement, qui tendent à détruire la disposition d'un règlement précédent de l'année 1691, où on avait apparemment décidé le contraire de ce qu'ils veulent faire ordonner aujourd'hui.—Ainsi, dans ces circonstances, je suis fort porté à croire que le seul parti régulier qui puisse être pris par le parlement sur la requête des syndics des États, est d'ordonner qu'ils se retireront par devers le roi, pour en obte-

Source : BIU Cujas

nir une déclaration, s'il plaît à sa majesté de leur en accorder, pour statuer, ainsi qu'elle jugera à propos de le faire sur la proposition des Etats ».

Nous apprenons par une lettre écrite à M. le chancelier le 29 juillet suivant, quelle a été l'issue de cette affaire : « Le parlement a refusé d'homologuer le règlement fait l'année dernière par les États de Navarre, sur la Légitime des enfans nés d'un second ou d'un troisième mariage, et a, au contraire, ordonné à cet égard l'exécution de la coutume. La délibération que cette compagnie a prise dans cette occasion, m'a fait juger qu'il serait bien inutile de vous rendre compte de quelques éclaircissemens qu'il aurait été nécessaire de vous donner, si j'avais vu le parlement disposé à prendre un autre parti : c'est-à-dire, à faire une loi nouvelle, qui ne pouvait être établie que par l'autorité de sa majesté ».

SECTION VII. *Peut-on diminuer ou charger la Légitime?*

Cette question peut être considérée sous trois faces : savoir, par rapport aux légitimaires, par rapport à ceux à la puissance desquels ils sont soumis, et par rapport à leurs créanciers.

§. I. *Peut-on diminuer ou charger la Légitime, au préjudice de ceux à qui elle est due?*

I. Les lois, suivant en cela l'esprit de la nature, considèrent la Légitime comme un bien propre à ceux qui ont droit de la demander; et par une conséquence nécessaire de la règle *nemo rei alienæ legem dicere potest*, elles défendent aux personnes sur la succession desquelles elle doit être prise, de la diminuer par quelque disposition que ce soit, de la faire dépendre de l'évènement d'une condition, de la retarder par l'attente d'un jour certain, ou de la grever d'aucune charge. Tout cela est établi clairement par la loi 32, C. *de inofficioso testamento*, une de celles que Justinien a faites pour porter la Légitime au degré de faveur où nous la voyons aujourd'hui.

II. La défense de diminuer la Légitime, emporte nécessairement celle d'en changer la quotité par le choix que le père et la mère feraient, en se mariant, d'une certaine coutume pour la régler, à l'exclusion de tout autre. C'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante.

Le sieur et la dame de Nérac s'étaient fait, par leur contrat de mariage, une donation mutuelle et universelle de la propriété de leurs biens, en cas qu'ils n'eussent pas d'enfans, et de l'usufruit seulement, en cas qu'ils en eussent. Ils avaient stipulé qu'en ce dernier cas, la Légitime des enfans serait prélevée et réglée par le droit écrit, quoique les biens fussent situés dans la coutume de Paris. La dame de Nérac mourut la première, et laissa un fils qui décéda quatre ans et demi après elle. Le sieur de Nérac prétendit alors avoir l'usufruit de tous les biens de sa femme, déduction faite d'un tiers seulement pour la Légitime de son fils, conformément à la Novelle 18. De leur côté, les héritiers de l'enfant soutinrent que la Légitime devait être réglée par la coutume de Paris; et que par conséquent la déduction offerte par le sieur de Nérac, devait comprendre la moitié des biens. Comme il n'est point permis, disaient-ils, de priver un enfant de sa Légitime sans juste raison, on ne peut pas non plus retrancher celle que lui donne la loi de la situation des biens qui y sont sujets; on peut, à la vérité, par contrat de mariage, déroger aux dispositions purement positives des lois et des coutumes; mais il n'en est pas de même des dispositions prohibitives; elles ne sont pas moins à l'abri des stipulations faites par contrat de mariage, que de celles qu'on insère dans tout autre acte; et cela doit sur-tout avoir lieu par rapport à la Légitime qui est un droit sacré. Quand on dit que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de clauses, il en faut excepter, avec tous les auteurs, celles qui sont contraires aux bonnes mœurs, au droit public et aux lois prohibitives.— Sur ces raisons, le sieur de Nérac a été condamné à restreindre son usufruit universel à la moitié des biens, et à abandonner l'autre moitié aux héritiers de son fils pour la Légitime de celui-ci, conformément à la coutume de la situation. Le sieur de Nérac a interjeté appel de cette sentence; mais elle a été confirmée par arrêt du 3 juin 1755, sur les conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury.

On voit par cet arrêt et par un autre qui sera rapporté ci-après, §. 3, que la faveur même des contrats de mariage ne peut pas servir de prétexte pour préjudicier à la Légitime.

III. Mais si à cette faveur était jointe la haine que témoignent les lois pour les secondes nôces, ne pourrait-elle pas autoriser une stipulation contraire aux dispositions de la loi du Code rapportée ci-devant, ou, ce qui est la même chose, ne peut-on pas convenir par le contrat d'un second mariage, que les enfans qui en naîtront n'auront qu'une certaine somme ou une certaine part pour tout droit de Légitime?

On peut dire pour l'affirmative, que sans cette convention, le survivant ne se serait pas remarié; quelle forme la condition *sine quâ non* de la naissance des enfans du second lit; que lui étant redevables de la vie, le premier de tous les biens, ils ne sont point recevables à la critiquer, sous le prétexte qu'elle leur ôte une faible portion du patrimoine de leur père; qu'en un mot, il n'est pas permis de diviser une clause contractuelle, et que si on en recueille le profit, on doit en supporter les charges. Cette opinion est même appuyée sur une décision expresse du livre *de usibus feudorum*, titre *de matrimonio ad morganaticam contracto*. Un homme avait un fils d'une femme noble; devenu veuf, il en épousa une seconde moins noble, mais à condition qu'elle et ses enfans n'auraient d'autre

Source : BIU Cujas

part à sa succession que celle qu'il leur assignait par le contrat de mariage, comme 10 livres, ou ce qu'il avait donné pour présent de nôces. Cet homme étant mort et ayant laissé des enfans de cette femme, il fut décidé qu'ils ne succèderaient point aux alleux de leur père avec leur frère du premier lit, et qu'ils ne prendraient même rien dans les fiefs, quoique ce dernier fût décédé avant le père commun. [[*V. Mariage de la main gauche.*]]

« Mais (dit Lebrun), nous nous attachons à un droit plus équitable et plus important que les usages des fiefs; car la loi naturelle et la loi civile ayant accordé et réglé la Légitime des enfans, et le public ayant intérêt que cette portion qui leur a été réglée, leur soit conservée, il semble qu'il n'est jamais permis d'y déroger; et la circonstance d'un second mariage ne doit point faire changer cette décision, puisque ce serait étendre les lois *fœminæ et hâc edictali*, et l'édit des secondes nôces, qui sont des lois pénales et ne peuvent recevoir aucune extension. Ainsi, il faut considérer que ce titre *de filiis natis ex matrimonio ad morganaticam contracto*, est fait principalement pour la succession des fiefs, et qu'on ne pouvait réduire de cette manière la Légitime des enfans d'un second mariage dans les autres biens, sinon lorsqu'il y avait des enfans d'un premier mariage, et en leur faveur seulement. C'est ce qui est remarqué par M. Cujas..... D'ailleurs cet usage n'avait lieu qu'en cas que le père descendît à un second mariage peu sortable..... Enfin, nos anciens auteurs nous ont marqué spécialement que ce titre n'était point en usage parmi nous, et entre autres Enguinarius Baro, qui dit sur ce titre : *Hic mos juri communi, juxtà ac moribus Franciæ contrarius est* ».

Les raisons de douter que nous avons exposées, ne portent aucune atteinte à ce sentiment. La Légitime n'a été introduite que pour servir de frein aux libéralités de ceux qui doivent quelque chose à leurs héritiers; elle se prend toujours contre la volonté des pères; et ce serait l'abolir que de permettre à ceux-ci de la diminuer ou de la défendre. On peut même, en cette matière, diviser les dispositions d'un défunt, prendre ce qu'elles ont de favorable pour le légitimaire, et en retrancher ce qu'elles renferment de préjudiciable à ses droits. La loi *scimus*, 36, C. *de inofficioso testamento*, qui sera développée dans la suite de cet article, le décide expressément ainsi : d'ailleurs, comme l'observe fort judicieusement Lebrun, « la dérogation même à la Légitime qui regarde ou d'autres enfans, ou des héritiers collatéraux, ou des donataires, serait un avantage sujet au retranchement de la Légitime, comme on dit en matière de rapport (dans les coutumes d'égalité), que la prohibition du rapport est un avantage sujet au rapport ».

Enfin, l'opinion que nous soutenons, a été consacrée formellement par un arrêt prononcé en robes rouges le 1er juin 1629, et rapporté au Journal des audiences : « C'était (dit Dufresne), en l'espèce d'un apothicaire de cette ville de Paris, lequel ayant des enfans de son premier mariage, était passé en secondes nôces, et avait épousé sa servante, et stipulé dans le contrat que les enfans qui en seraient procrées, n'auraient qu'une certaine portion en la communauté ».

Brodeau cite le même arrêt comme ayant jugé qu'un père qui a des enfans d'un premier lit, ne peut pas préjudicier, par le contrat d'un second mariage, à la Légitime des enfans naturels dont il purifie la naissance en épousant leur mère; et quoique Dufresne ne dise pas que l'apothicaire dont il parle, eût eu des enfans de sa servante avant de l'épouser, on peut croire, d'après Brodeau, que l'arrêt a été rendu dans cette circonstance : c'est même ce qu'on voit clairement dans le Recueil de Bardet, tom. 1, liv. 3, chap. 52. Au reste, la question ne peut souffrir aucune difficulté; les bâtards légitimés par mariage subséquent, ont les mêmes droits que les enfans nés Légitimes : on ne peut donc ni ôter ni diminuer aux uns, la portion que les lois défendent expressément d'ôter ou de diminuer aux autres; et c'est sur ce fondement qu'il a été jugé par arrêts des 14 août 1565, 6 septembre 1567 et 9 août 1639, que la légitimation par mariage subséquent donne aux enfans naturels le droit de demander, après la mort de leur père, le supplément de ce qui manque aux donations qu'il leur a faites de son vivant, pour compléter leur Légitime.

V. Nous avons dit que la Légitime ne doit ni dépendre d'une condition incertaine, ni être retardée par l'attente d'un jour certain.—Le président Favre demande à ce sujet si un légitimaire, ayant reconnu et accepté le legs que le défunt lui a laissé pour lui tenir lieu de Légitime, peut, avant que l'estimation des biens soit faite, demander que la condition et le terme apposés par le testateur à ce legs, soient rejetés et regardés comme non écrits. Ce magistrat décide pour la négative, d'après un arrêt du sénat de Chambéry, du 22 janvier 1594. La raison en est, qu'on ne peut pas savoir, avant l'estimation, si le legs excède ou non la Légitime; qu'à la vérité, après l'estimation, les charges imposées par le testateur, n'affecteront plus l'excédant du legs sur la Légitime; mais qu'en attendant, elles doivent, à cause de l'incertitude affecter, le tout. On peut ajouter que ces charges, en pareil cas, ne font que représenter l'effet du retardement qu'apporte toujours la nécessité de l'estimation préalable; que ce retardement n'est pas compris dans la défense de suspendre le paiement de la Légitime par l'apposition de quelque terme ou de quelque condition; que par conséquent les charges dont il s'agit, ne doivent pas non plus être regardées comme des contraventions à cette défense.

Cependant, comme le retard occasionné par le temps qu'il faut pour l'estimation, n'empêche pas le légitimaire de demander une provision quelconque, nous serions d'avis de lui en donner également une dans l'espèce proposée par M. Favre. Ce parti est le plus conforme à l'équité, et il concilie,

Source : BIU Cujas

autant qu'il est possible, la loi qui ordonne de payer la Légitime sur-le-champ, avec les obstacles physiques qui retardent nécessairement ce paiement.

V. La prohibition de grever la Légitime de quelque charge que ce soit, emporte naturellement celle de la fidéicommisser. Mais on demande si le défaut de réclamation de la part du légitimaire grevé de substitution, forme contre lui ou ses héritiers une fin de non recevoir capable de faire subsister la charge imposée par le défunt?

Denisart distingue si le légitimaire a ignoré l'acte qui substituait sa Légitime, ou s'il en a eu connaissance. Au premier cas, cet auteur lui accorde, ou à ses héritiers, le droit de former une demande en distraction; et « cela a été ainsi jugé (dit-il), par sentence du 27 août 1740, confirmée par arrêt du 23 février 1741, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury ». — Mais au second cas, le légitimaire, suivant Denisart, n'est point recevable à réclamer, *attendu l'exécution; parcequ'il lui est très permis de renoncer à son droit, et d'exécuter pleinement le testament qui l'en privait.*

Cette doctrine serait incontestable dans l'espèce d'une renonciation formelle; mais nous parlons d'un légitimaire qui ne fait que garder le silence; et il est certain, comme on l'a prouvé ci-devant, sect. 5, §. 3, qu'on n'admet pas de renonciation tacite en matière de Légitime. Aussi trouvons-nous dans les *decisiones Brabantinæ* de Stockmans, un arrêt du conseil souverain de Brabant, du 14 juillet 1645, qui a accordé à un fils la distraction de sa Légitime, quoiqu'il eût exécuté le testament qui la chargeait de substitution. — Le parlement de Flandre a jugé deux fois la même chose en faveur des représentans d'un légitimaire décédé. La première, par un arrêt du 24..... 1690, qui est rapporté par M. de Baralle; la seconde, par un arrêt du 8 août 1729, dont nous retracerons ci-après l'espèce.

VI. On demande si la défense de substituer la Légitime doit avoir lieu, quand la substitution est réciproque entre deux ou plusieurs légitimaires? Il y a de fortes raisons et beaucoup d'autorités pour et contre.

D'un côté, Azon, Cujas, Vasquius, Dumoulin, Godefroy, Paul de Castres, Henrys, Duperrier, soutiennent la validité de la substitution. — La réciprocité d'un telle substitution, disent-ils, ne permet pas de la regarder comme une charge; l'incertitude du profit ou de la perte est égale entre tous les enfans; chacun d'eux peut survivre aux autres et gagner leur Légitime, comme il peut perdre la sienne en mourant avant eux. D'ailleurs, la loi 12, C. *de inofficioso testamento*, qui est de l'empereur Alexandre, décide nettement cette question, en déclarant qu'il ne peut point y avoir lieu en pareil cas à la plainte d'inofficiosité. Et qu'on ne dise pas que cette loi a été abrogée par celles de Justinien qui ont affranchi la Légitime de toute charge; car il faudrait pour cela que les substitutions réciproques fussent onéreuses aux légitimaires, et il est certain qu'elles ne le sont pas. Ainsi, la raison qui, nonobstant les lois de Justinien, permet encore aujourd'hui de substituer pupillairement la Légitime d'un fils non émancipé, doit pareillement autoriser un père à fidéicommisser reciproquement cette portion.

D'un autre côté, toutes les cours souveraines jugent constamment qu'il n'est pas plus permis de comprendre la Légitime dans une substitution réciproque, que dans une substitution simple. — Bouguier en rapporte deux arrêts du parlement de Paris, des 20 juin 1621 et 16 juillet 1627. — Il y en a un semblable dans le recueil de Catellan, rendu au parlement de Toulouse en juin 1692. — La Peyrère, lettre T, n. 44, atteste que telle est aussi la jurisprudence du parlement de Bordeaux. — Celui d'Aix a jugé de même par arrêt du 14 mai 1625, rapporté dans la collection de Bonnet, lettre L, n. 5. — Celui de Franche-Comté par arrêt du 16 mars 1607, inséré dans le recueil de Grivel, §. 134; — Et celui de Douai, par arrêt du 17 juin 1671, rapporté par Pollet, part. 3, §. 66.

On prétend néanmoins que cette jurisprudence est contraire aux principes, et qu'on ne peut la justifier que par l'usage. « On a voulu (dit Catellan), gauchir et raisonner moins juste en faveur de la Légitime, qui se trouve, dans le cas dont il s'agit, blessée et grevée par l'évènement, si elle ne l'est pas dans la disposition du père. Une apparence contraire dans la loi 31 à la loi 12, C. *de inofficioso testamento*, une note échappée au glossateur, tout a été bon pour ne pas assujettir un droit que donne la nature, suivant laquelle tout est libre ». Bretonnier tient à peu près le même langage; mais il est aisé de faire voir que l'usage et la jurisprudence, loin de s'écarter en cela des principes du droit romain, n'ont fait au contraire que s'y conformer.

La loi 12, C. *de inofficioso testamento*, ne décide pas, comme l'ont pensé certains auteurs, que la substitution réciproque n'est point une charge pour les légitimaires. Eh! comment pourrait-elle adopter un pareil paradoxe? la substitution, quelle qu'elle soit, est toujours onéreuse à ceux qui en sont chargés: elle diminue, elle enlève presque la propriété des biens substitués; elle dépouille le grevé du droit flatteur de disposer en maître de ses biens; et il y a dans la vie une foule de circonstances où rien ne peut consoler de la privation de ce droit. — Que décide donc la loi dont il s'agit? Une seule chose, savoir, qu'en cas de substitution réciproque, les grevés trouvant dans l'espérance de recueillir deux ou plusieurs Légitimes, au lieu d'une, la compensation de la charge qui, en attendant, pèse sur eux, ils ne peuvent pas intenter contre le testament de leur père la querelle d'inofficiosité. — Mais, on le voit, cette décision se ressent du temps où elle a été publiée,

Source : BIU Cujas

Avant l'empereur Justinien, on ne doutait pas qu'il ne fût permis à un testateur de compenser, de quelque manière que ce fût, ce qu'il retranchait de la Légitime ; et lorsqu'il l'avait fait avec une juste proportion, son testament était confirmé : La loi 8, §. 11, D *de inofficioso testamento*, nous en donne la preuve et l'exemple (*V.* ci-après, sect. 8, §. 3). D'après cela, comment ne pas appercevoir que la décision de l'empereur Alexandre a été abrogée par Justinien ? — D'abord la loi 31, C. *inofficioso testamento*, veut que la Légitime soit laissée quitte et franche de toute condition : or, une substitution réciproque est certainement une condition qui rend la propriété du légitimaire incertaine ; cette substitution est donc proscrite par ce texte. — En second lieu, la loi 36 du même titre veut que la Légitime soit payée en corps héréditaires, *ex substantiâ patris* ; qu'un simple usufruit ne puisse jamais en tenir lieu, et qu'il ne soit pas permis à un testateur d'obliger le légitimaire d'imputer sur cette portion le profit d'une substitution dont il lui assure l'expectative : on ne ne peut donc plus dire, comme au temps de l'empereur Alexandre, que les légitimaires dont la portion est substituée réciproquement, sont dédommagés de cette charge par l'espérance d'un profit considérable ; et dès-là, comment douter que la décision de ce législateur ne soit abrogée ?

On oppose l'exemple de la substitution pupillaire ; mais c'est sans fondement ; M. de Catellan en convient lui-même : « Il y a bien à dire, (ce sont ses termes) du cas de la substitution pupillaire au cas de la substitution réciproque. La première, bien loin de pouvoir, ni en elle-même ni par l'évènement, passer pour une substitution onéreuse au fils, bien loin de le priver de la liberté de disposer de sa Légitime, est regardée au contraire comme le testament et la disposition du fils, que fait pour lui la piété et la providence paternelle dans un âge où il ne peut disposer lui-même. Il n'en faut pas dire davantage ; il est trop aisé de sentir la différence ». *V.* ci-devant, sect. 5, §. 4.

VII. Il y a cependant un cas où l'on peut substituer la Légitime par une espèce d'exhérédation qu'on appelle officieuse. Lorsqu'un père a le malheur d'avoir un fils prodigue, dit la loi *si furioso*, 16, §. *potuit* 2, D. *de curatoribus*, lorsqu'il voit que ses biens seront dissipés, s'il lui en laisse la libre disposition, il peut le déshériter en faveur de ses petits-enfans ; et pourvu qu'il lui laisse des alimens, il satisfait à tout ce que demandent de lui et la voix de la nature et la prévoyance paternelle.

M. d'Aguesseau fait là-dessus une réflexion remarquable : « Si cette loi (dit-il, en son quatrième plaidoyer), n'avait point été reçue dans le royaume ; si l'usage ne l'avait point autorisée en quelque manière, il ne serait peut-être pas difficile de faire voir que cette disposition ayant été faite dans un temps où les fruits s'imputaient sur la Légitime, où un père pouvait déshériter ses enfans sans aucune des causes marquées par la loi, elle a perdu toute sa force et son autorité par les lois postérieures qui ont attribué de nouveaux privilèges à la Légitime. On pourrait croire qu'elle a été abrogée par les dispositions du Code et par les novelles de Justinien ; mais ce doute serait contraire à l'autorité de vos jugemens, qui ont cru que le conseil du jurisconsulte dans cette loi, était un conseil salutaire, un frein qu'on pouvait opposer à la dissipation et à la prodigalité des enfans, un remède nécessaire pour conserver les biens dans les familles ».

Ce que M. d'Aguesseau ne propose ici qu'avec cette sage timidité qui doit caractériser toutes les opinions nouvelles, on a voulu, de nos jours, le réduire en système, et on a soutenu très sérieusement que les tribunaux devaient s'y conformer.

Pour en démontrer l'erreur, il faut, 1° fixer le véritable sens de la loi 16, §. 2, D. *de curatoribus* ; 2° prouver qu'elle n'a point été abrogée par des lois postérieures ; 3° établir enfin qu'elle a été adoptée parmi nous.

1° Il est étonnant que l'on élève un doute sur l'exacte intelligence de la loi dont il s'agit. Ses seuls termes devraient suffire pour dissiper toute incertitude ; les voici : *Potuit tamen pater et aliàs providere nepotibus suis, si eos jussisset heredes esse, et exheredasset filium, eique quod sufficeret alimentorum nomine ab eis certum legasset, additâ causâ necessitateque judicii sui.*

Cependant on prétend que cette loi a pour objet de décider que la prodigalité était alors une cause d'exhérédation ; mais que le père n'avait la liberté d'exhéréder son fils prodigue, que sous la condition de lui léguer à titre d'aliment une certaine portion de biens. — Rien n'empêche de penser (ajoute-t-on) que cette portion devait être équivalente à la Légitime. — Cette loi, au surplus, ne contient qu'un conseil que le jurisconsulte donne au père. Ce n'est pas un droit qu'elle accorde par forme de décision. C'est un récit et non pas une disposition ; c'est un parti de prudence que la loi indique. Ainsi l'ont entendu Bacquet, *des droits de justice* ; ch. 21, n. 354, et Mornac. — Enfin la loi fait dépendre l'exécution de ce conseil de la volonté du fils prodigue ; si c'était une disposition législative, elle soumettrait toutes les volontés.

Telles sont en substance les différentes objections que nous avons à réfuter.

Mais sans doute on aperçoit déjà la faiblesse de la première. — Dans le droit romain, il était nécessaire d'instituer les enfans ou de les exhéréder ; un testament était nul, lorsqu'il ne contenait ni institution ni exhérédation. C'est par cette raison que la loi emploie le terme d'*exhérédation* : mais elle n'entend point parler de l'exhérédation parfaite, qui consiste dans la privation entière de l'hérédité. L'enfant exhérédé n'a pas le droit d'exiger des alimens ; au lieu qu'il en est dû à l'enfant prodigue,

Source : BIU Cujas

contre lequel le père use du droit que la loi lui défère ; le père est obligé de lui en laisser : *eique quod sufficeret, alimentorum nomine certum legasset.* La nécessité du legs est inconciliable avec l'exhérédation : aussi cette disposition n'est-elle pas qualifiée purement et simplement d'*exhérédation*, mais elle est appelée *exhérédation officieuse* ; elle n'emporte point la même note que la véritable exhérédation fondée sur l'une des quatorze causes contenues dans la novelle, qui toutes présentent des faits graves, des délits domestiques, dont la peine est le retranchement de la famille. Cette exhérédation prend le nom d'*officieuse*, parcequ'elle est plus utile à l'enfant qu'elle ne lui est nuisible ; c'est un bon office que le père emploie en faveur de son fils et de la descendance de son fils : *Multi non notæ causâ exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant,* dit la loi 18, D. *de liberis et posthumis.* C'est aussi ce qui résulte d'une note de Godefroi sur ces mots du §. *Potuit, exheredasset filium : non tamen plenè, quia eo casu pater alimenta filio cogitur relinquere ; idque non fit in prodigi odium, sed ejus potiùs favorem, ne dissipet bona.*

La seconde objection n'est pas plus solide que la première. — La loi n'a pas pour objet, comme on le suppose, d'obliger le père à laisser la Légitime à son fils prodigue ; ceux qui proposent cette difficulté, tombent dans une contradiction évidente ; ils disent d'abord que la loi met la prodigalité au rang des causes d'exhérédation : ils ajoutent que le père, suivant la même loi, doit laisser la Légitime à l'enfant prodigue : comment peut-on concilier ces deux idées ? le légitimaire n'est assurément rien moins qu'exhéréde. Si le prodigue peut, suivant la loi, exiger la Légitime, la disposition que le père est autorisé à prononcer contre lui, n'est donc pas une exhérédation : si la loi n'entend pas parler d'une exhérédation, elle n'a donc pas pour objet d'obliger le père à laisser la Légitime à son fils prodigue. On voit évidemment que les deux objections ne peuvent pas subsister en même temps, et que l'une est détruite par l'autre. — Il est certain que la loi n'autorise point, dans le cas de la prodigalité, une exhérédation parfaite, mais seulement l'exhérédation officieuse ; il est également certain qu'elle n'oblige point le père à laisser à son fils sa Légitime. Plusieurs raisons établissent la preuve de cette vérité. — 1° Si la loi obligeait le père à laisser la Légitime à son fils prodigue, elle serait inutile et sans objet. Dans le droit commun, un fils, même celui qui a la meilleure conduite, peut être réduit à sa Légitime ; et il ne lui est pas permis de se plaindre, à moins qu'il ne prouve que le testament est l'effet de la haine et de la colère. — 2° Si la loi avait voulu parler de la Légitime, elle n'aurait pas obligé le père à exprimer le motif et la nécessité de son jugement, puisque la réduction à la Légitime peut être prononcée sans aucune expression de la raison qui détermine le testateur. — 3° La Légitime doit être déférée en propriété ; elle ne consiste pas dans un simple usufruit : la loi ayant désigné ce qui doit être laissé par le père à son fils prodigue, sous le titre d'alimens, *alimentorum nomine*, ne doit être censée avoir voulu parler que d'un simple viager, qui s'éteint à la mort de celui auquel ces alimens sont destinés. — 4° Si la loi avait voulu parler de la Légitime, elle l'aurait exprimée nommément, et elle n'aurait pas laissé à la volonté du père la fixation de ce qui doit être légué par lui à l'enfant prodigue. La quotité de la Légitime n'est pas incertaine, elle est fixée par la loi : cependant lorsqu'elle parle du prodigue, elle n'assujettit pas le père à lui donner une quotité déterminée, mais elle abandonne à l'arbitrage du père la fixation de qu'il croit nécessaire pour les alimens de son fils : *Eique quod sufficeret, alimentorum nomine certum legasset* : l'obligation du père est remplie par le legs de ce qui suffit à la subsistance, *quod sufficeret* : au contraire la Légitime n'est point réglée par la considération de ce qui est nécessaire pour les alimens ; sa quotité dépend de la fortune du père et du nombre des enfans. — En un mot, il n'est pas vraisemblable que la loi ait, en donnant au père sur son fils prodigue, un pouvoir spécial, ait entendu l'obliger de traiter ce fils de la même manière qu'il peut traiter ses autres enfans, même ceux qui ne lui ont donné aucun sujet de mécontentement.

La troisième et dernière objection consiste à prétendre que la loi donne un conseil, mais n'établit pas une disposition — Cette idée n'est seulement pas proposable. Peut-on en effet supposer que la loi ait donné un conseil de faire une chose qui ne serait pas permise ? tout ce qui est inséré dans une loi, a le même degré d'autorité ; soit qu'elle ordonne, soit qu'elle défende, soit qu'elle permette, sa volonté mérite le même respect. Ce qu'elle ordonne, doit être exécuté ; on n'a point la liberté du choix, il faut se soumettre. Ce qu'elle défend, est illicite et nul ; la contravention directe ou indirecte est également punissable. Ce qu'elle permet, est un véritable droit ; c'est une faculté dont on peut user ou ne pas user : mais on peut être assuré que l'usage qu'on fait de la permission, ou, si l'on veut, du conseil qu'elle donne, est tellement autorisé, qu'il produit tout l'effet qu'on peut attendre d'un acte vraiment Légitime. — Ainsi, le père peut, suivant la loi, réduire son fils prodigue à de simples alimens. Que résulte-t-il de ce mot *potuit?* Que le père a le choix, qu'il n'est pas forcé de réduire son fils prodigue à des alimens, qu'il peut laisser agir le droit commun, et lui abandonner sa part héréditaire en entier : mais qu'il n'est pas non plus forcé de donner à son fils prodigue, ou sa part héréditaire, ou sa Légitime ; qu'il peut le priver de l'hérédité, en lui laissant ce qui est nécessaire pour ses alimens. — Le pouvoir que la loi donne au père, est donc un véritable droit.

Mais, dit-on, suivant la loi, l'exécution du conseil dépend de la volonté du fils pro-

Source : BIU Cujas

digne ; et s'il n'y consent pas, le conseil ne peut plus servir. — Cette interprétation de la loi est évidemment contraire à son texte. — La loi décide d'abord que le père peut nommer un curateur à son fils prodigue ; elle ajoute ensuite qu'il peut pourvoir par une autre voie à la subsistance de ses petits-enfans, les instituer héritiers, et réduire son fils prodigue à de simples alimens ; ou que, si les petits-fils ne sont pas en sa puissance, parcequ'ils sont nés après l'émancipation de son fils, il peut les instituer héritiers, à condition qu'ils seront émancipés par leur père. — Mais la loi demande ce qu'on doit faire, si le fils prodigue ne veut pas émanciper ses enfans : *sed quid si nec ad hoc consensurus esset prodigus ?* Ce terme *ad hoc*, se réfère nécessairement à la disposition qui est immédiatement antérieure. Dans ce cas, c'est-à-dire, si le fils prodigue ne veut pas émanciper ses enfans, le préteur se conformera en tout au jugement du père : *sed per omnia judicium testatoris sequendum est.* Ces expressions, *per omnia*, embrassent également les deux premières dispositions, c'est-à-dire, celle qui autorise à nommer un curateur au prodigue, et celle qui autorise à le réduire à de simples alimens. Il n'est parlé du consentement du fils que relativement à l'objet pour lequel ce consentement est nécessaire, c'est-à-dire, à l'émancipation de ses enfans. La résistance du fils à l'émancipation de ses enfans, ne nuit pas à la disposition qui lui nomme un curateur, ni à celle qui le réduit à des alimens. Cette résistance ne porte atteinte qu'à la seule disposition qui s'applique au cas où l'aïeul n'a pas ses petits-enfans en sa puissance.

On prétend que Mornac a entendu la loi dans le même sens qu'on la présente, parcequ'il ne parle pas du cas où le fils prodigue a ses enfans en sa puissance, parcequ'il ne parle que du cas général où l'aïeul exhérède son fils prodigue et institue ses petits-enfans.

Mais si l'on veut argumenter du sentiment de Mornac, il faut qu'on le prenne en entier. Or, on peut conclure, de la manière dont Mornac présente la loi, que, dans tous les cas, on doit, malgré la résistance du fils, suivre le jugement du père ; en sorte que son refus d'émanciper ses enfans ne porte aucune atteinte, même à la disposition par laquelle le père institue ses petits-enfans, quoiqu'ils ne soient pas en sa puissance : l'émancipation est forcée, ou du moins si cette émancipation n'a pas lieu, la puissance du père sur les petits-enfans n'empêche pas l'effet de l'institution prononcée en leur faveur par leur aïeul : *Per omnia judicium testatoris sequendum est.*

Au reste, l'objection ne peut être d'aucune considération dans la majeure partie des pays coutumiers. On n'y a point reçu la puissance paternelle ni l'émancipation, telles qu'elles sont établies dans le droit romain ; et par une suite nécessaire, la difficulté qui s'élevait dans le droit romain, relativement au pouvoir que l'aïeul avait ou n'avait pas sur ses petits-enfans, après l'émancipation de son fils, ne mérite pas, dans ces pays, la plus légère attention.

2° Examinons maintenant s'il est vrai que la loi qui permet au père de priver l'enfant prodigue de la Légitime, a été abrogée dans le droit romain par des lois postérieures.

Le raisonnement qu'on fait à cet égard, roule sur une équivoque déjà détruite : c'est, dit-on, une exhérédation que la loi permettait pour cause de prodigalité : la novelle 115 a détaillé toutes les causes d'exhérédation, et n'y a point compris la prodigalité. — D'un autre côté (continue-t-on), les lois ont enjoint au père de laisser à son fils la Légitime franche et libre de toutes charges. La loi *humanitates*, 9, C. *de impuberum et aliis substitutionibus*, ne permet pas de substituer la Légitime du furieux. La loi *si furioso* était fondée sur l'identité qu'elle établissait entre l'insensé et le prodigue ; elle a été abrogée par la règle qui, dans un temps postérieur, a été faite en faveur du fils insensé.

Le premier de ces argumens est déjà réfuté par les observations qui précèdent. — La disposition autorisée par la loi *si furioso*, n'est point une exhérédation entière et complète ; il n'y a donc rien d'étonnant qu'elle ne soit point renfermée dans la novelle 115. Cette loi, en détaillant les causes qui peuvent donner lieu à une véritable exhérédation, n'est pas présumée avoir détruit ce qui est relatif à la prodigalité. — La comparaison de la fureur et de la prodigalité n'est pas plus exacte. La fureur n'est pas volontaire. Il ne serait pas juste que le furieux, qui est à plaindre, et qui n'est pas coupable, fût privé de sa Légitime. Il est malade, mais il peut recouvrer la santé de l'esprit : par quelle raison le réduirait-on à un simple usufruit? Au contraire, le prodigue est coupable : le mauvais usage qu'il fait de son bien, est un délit domestique ; il manque à ce qu'il doit à sa descendance : il doit transmettre à ses enfans ce qu'il a reçu de ses pères ; il est juste qu'il soit puni par la privation de la chose dont il abuse. La peine que la loi prononce contre lui, ou qu'elle autorise son père à prononcer, a deux objets différens : l'un, d'assurer aux enfans le patrimoine qui leur est naturellement destiné ; l'autre, de réprimer la licence et le libertinage : la dissipation des biens est ordinairement la suite de la dépravation des mœurs. Il est intéressant pour la société qu'il y ait des peines pour les fautes intérieures et domestiques : il serait fort étonnant qu'une loi aussi sage eût été abrogée par des lois particulières.

Le deuxième argument n'est pas mieux fondé. — La loi *si furioso* contient trois parties qu'il faut bien distinguer : dans son *principe*, elle permet au père de nommer un curateur à son fils furieux ; dans le §. 1, elle l'autorise à nommer un curateur à son fils prodigue ; et dans le §. 3, elle lui confère le pouvoir de réduire son fils prodigue à de simples alimens. Qu'y a-t-il dans ces dispositions qui

Source : BIU Cujas

soit abrogé par la loi *humanitates*, 9, C. *de impuberum et aliis substitutionibus?* Cette loi permet de substituer les biens du furieux, en lui laissant sa Légitime libre. La loi *si furioso* ne permettait pas de priver le furieux de sa Légitime : la loi *humanitates* ne contient donc rien de contraire à la loi *si furioso*. Dès qu'il n'y a point de contrariété dans les deux lois, il n'y a point d'abrogation : la seconde loi ajoute à la première, mais elle ne la détruit pas. La première autorisait la nomination d'un curateur au furieux ; la seconde autorise la substitution des biens du furieux, à la déduction de la Légitime. Ces deux dispositions peuvent concourir et s'exécuter en même temps. La loi *humanitates* ne parle que du furieux ; elle ne parle point du prodigue ; elle ne détruit donc pas ce qui est décidé pour le prodigue par la loi *si furioso*.

3° Reste à faire voir que le §. *potuit*, c'est-à-dire, le §. 2 de la loi *si furioso*, est reçu dans nos mœurs.

Ceux qui soutiennent le contraire, disent qu'il n'a été inséré ni dans nos coutumes, ni dans nos ordonnances ; et que puisque nous n'avons reçu en pays coutumier ni la substitution pupillaire ni la substitution exemplaire, nous ne devons pas non plus y admettre l'exhérédation officieuse.

Le principe de cette objection est vrai ; mais il n'est pas moins constant que le §. *potuit* a été adopté par la jurisprudence.

Il y a un grand nombre d'exemples de lois romaines qui ont été reçues parmi nous, quoiqu'elles n'aient été insérées ni dans nos ordonnances ni dans nos coutumes. L'hypothèque tacite que nous donnons aux mineurs sur les biens du tuteur, n'est fondée que sur le droit romain ; les quatorze causes d'exhérédation exprimées dans la novelle 115, n'ont été insérées ni dans nos ordonnances ni dans nos coutumes ; cependant elles ont été admises parmi nous. On pourrait donner un grand nombre d'autres exemples ; mais ce détail serait superflu, parceque tout consiste à prouver que la jurisprudence française a reçu le §. *potuit* de la loi *si furioso*.

Mornac, que quelques uns nous opposent, en fournit lui-même la preuve ; il s'explique en ces termes : *Lex hæc maximo receptissimoque in usu, et secundùm eam semper judicatur.* Il cite un arrêt rendu à la grande audience du parlement de Paris, le 9 mars 1609, qui a confirmé une donation faite dans les termes de cette loi, par un aïeul à ses petits-enfans ; et il est à remarquer que cette disposition n'était critiquée que par des moyens de forme.

Ricard, *des Donations*, part. 3, n. 1139, dit : « Nous permettons aux pères de faire les arbitres dans leur famille ; et qu'un père ou une mère, dont on croit facilement le jugement dans cette rencontre, puisse, pour le mauvais ménage de son fils, ordonner qu'il se contentera de l'usufruit de la portion qui doit lui appartenir dans leurs biens, pourvu qu'ils disposent de la propriété au profit de l'enfant de son fils. » — L'auteur ajoute : « Contre cette disposition on n'écoute pas le fils qui implore le secours de la loi, et demande la Légitime. Je l'ai vu ainsi juger par arrêt donné en l'audience de la grand'chambre, le 9 avril 1642. »

Cette jurisprudence a encore été adoptée par quatre autres arrêts : l'un, du 20 juillet 1611 ; le second, du 29 juillet 1625 ; le troisième, du 12 février 1636 ; le quatrième, du 10 avril 1659.

Enfin, la même chose a été jugée plusieurs fois de nos jours. Le 10 juillet 1741, le parlement de Paris a confirmé, sur les conclusions de M. l'avocat général d'Ormesson, la substitution même de la Légitime du marquis de Gencien, faite par le testament de son père pour cause de prodigalité. On trouvera ci-après, §. 3, d'autres arrêts plus récens et parfaitement semblables.

VIII. On a quelquefois voulu assimiler, en cette matière, l'enfant imbécille ou furieux à l'enfant dissipateur et débauché : mais cette prétention a été condamnée par trois arrêts du parlement de Paris, qui sont cités dans la *collection de Jurisprudence* de Denisart ; l'un, du 18 janvier 1656, rendu sur les conclusions de M. Talon ; l'autre, du 11 juillet 1729, intervenu au rapport de M. l'abbé Langlois ; le troisième, du 23 février 1741, donné sur les conclusions de M. Joly de Fleury. — Ces décisions souffrent d'ailleurs d'autant moins de difficulté, qu'elles sont absolument conformes à la loi 9, C. *de impuberum et aliis substitutionibus.*

§. II. *Peut-on diminuer ou charger la Légitime au préjudice de ceux à la puissance desquels les légitimaires sont soumis ?*

Chez les Romains, il n'y avait dans l'ordre des légitimaires que les fils de famille qui fussent en puissance d'autrui ; lorsque leurs assendans maternels venaient à mourir, la Légitime qu'ils en héritaient, tombait dans l'usufruit que leur père avait de tous leurs biens adventices.

Parmi nous, la femme est soumise à son mari, à peu près comme les enfans l'étaient à leurs pères chez les Romains ; et l'usufruit des Légitimes qui lui échoient, appartient à son mari, comme chef de la communauté qui existe entre lui et elle.

Voyons donc, 1° si une mère peut déroger au droit d'usufruit que la loi donne au père sur la Légitime qu'elle est obligée de laisser à ses enfans non émancipés ; 2° si des parens quelconques peuvent stipuler que la Légitime qu'ils laissent à une femme mariée, n'entrera point en communauté.

Sur la première question, on dit, contre le père, que l'authentique *excipitur*, C. *de bonis quæ liberis*, permet formellement à la mère et aux aïeuls maternels, de déclarer par leurs testamens, que le père n'aura point l'usufruit des biens qu'il laisse aux enfans qu'il a sous sa puissance ; qu'une pareille clause est, à la vérité, une charge pour la Légitime ; mais que cette charge est avantageuse aux légitimaires ; et que par conséquent elle doit

Source : BIU Cujas

être respectée; qu'enfin telle est l'opinion de la glose, d'Accurse, de Vasquius, etc.

On dit au contraire en faveur du père, que l'authentique *excipitur* n'est qu'un extrait informe de la novelle 117; qu'ainsi, on doit l'interpréter par cette loi qui réserve expressément au père l'usufruit de la Légitime de ses enfans, nonobstant toutes les dispositions que peuvent faire les ascendans maternels pour l'en priver; que cette opinion est soutenue par Barthole, Paul de Castres, Cujas, Boyer (Boërius), et qu'elle a été adoptée par un arrêt du parlement de Bordeaux, du 3 août 1523, cité dans le recueil de Papon, et par deux autres du parlement de Toulouse, des 7 février 1642 et 1688, rapportés par d'Olive et Catellan.

Ce sentiment est sans contredit préférable à l'autre; il ne faut pour en sentir la justesse que peser les termes de la novelle 117 : *Licentiam esse et matri et aviæ aliisque parentibus*, POSTQUAM RELIQUERINT FILIIS PARTEM QUÆ LEGE DEBETUR, *quod reliquum est suæ substantiæ, sive in solidum, sive in partem, filio vel filiæ, nepoti vel nepti, ac deinceps descendentibus, donare aut etiam per ultimam relinquere voluntatem, sub hâc definitione atque conditione, si voluerint, ut pater aut qui omninò eos habent in potestate, in his rebus neque usumfructum, neque quodlibet penitùs habeant participium.* — Cette loi fait entendre très clairement que les ascendans maternels ne peuvent pas ôter au père l'usufruit de la Légitime, puisqu'elle leur permet seulement de le priver de l'usufruit de ce qu'ils laissent au-dessus de cette portion : « Car, (dit Catellan), c'est sur cet excédant que tombe la décision, lorsqu'elle dit : *In his rebus neque usumfructum, neque quodlibet habeant participium* : ces mots *in his rebus*, ne s'appliquent naturellement qu'aux choses données ou laissées, *postquàm reliquerint filiis partem quæ lege debetur.* La raison de la décision confirme tout-à-fait cette manière de l'entendre : *hoc enim poterant*, poursuit cette novelle, *extraneis relinquere, undè nulla parentibus utilitas nasceretur* : cette raison qui ne se rapporte qu'à l'excédant de la Légitime, et ne peut se rapporter en nulle manière à la Légitime même, laquelle ne peut être donnée à des étrangers, semble faire voir assez clairement que la décision qui donne la liberté de priver de l'usufruit le père, ne renferme que l'excédant de la Légitime, et que la Légitime en est par conséquent exclue ».

Ces raisons tendent également à faire voir qu'on ne peut pas, en laissant la Légitime à une femme mariée, empêcher que cette portion n'entre en communauté. Cela est même d'autant plus juste, que le mari, en épousant sa femme, a dû compter sur sa Légitime comme sur un bien certain, et, pour ainsi dire, présent. Lebrun dit cependant avoir fait juger le contraire par arrêt du 6 septembre 1678 : mais un arrêt isolé peut-il l'emporter sur des principes qui ne paraissent pas avoir été invoqués par ceux contre lesquels il a été rendu?

§. III. *Peut-on diminuer ou charger la Légitime au préjudice des créanciers du légitimaire?*

I. Il faut sur cette question distinguer deux cas. — Ou le légitimaire lui-même peut être valablement privé de sa Légitime, soit en tout, soit en partie; — Ou il ne le peut pas.

II. Lorsque le légitimaire peut être exclu, on conçoit aisément que ses créanciers ne peuvent pas être de meilleure condition que lui.

Cependant, bien des auteurs pensent, et plusieurs arrêts(1) ont jugé que, dans le cas de l'exhérédation officieuse (dont il est parlé dans le §. 1 de cette section), les créanciers du prodigue peuvent demander la distraction de sa Légitime.

Cette opinion était fort accréditée dans le temps qu'Argou écrivait ses institutions au droit français, puisque ce judicieux auteur, tout en la désapprouvant, est forcé de convenir qu'elle est reçue. « Parmi nous (dit-il), par un usage très abusif, lorsque le fils est déshérité, ou que ses biens sont substitués pour cause de dissipation, on laisse la Légitime franche et libre à ses créanciers, comme s'ils méritaient quelque faveur, et s'ils n'étaient pas au contraire coupables de la corruption de ce malheureux, dont ils ont fomenté les débauches, en lui prêtant trop facilement de l'argent. — Les Romains (continue cet auteur), avaient plus soin de leurs esclaves que nous n'en avons de nos enfans. Ils punissaient les corrupteurs de leurs esclaves (2), et nous récompensons ceux des enfans de famille, jusqu'à donner atteinte à la sage disposition des pères, pour payer les créanciers de ce qu'ils ont prêté, ou avec malice, ou du moins avec beaucoup d'imprudence : car, tant qu'un père est vivant, nul ne peut mieux connaître que lui les besoins de sa famille; et ceux qui prêtent à ses enfans sans son consentement, n'en sauraient jamais donner de cause raisonnable ».

Ainsi raisonnait Argou sur la jurisprudence qu'il avait trouvée établie. Cependant, même avant lui, nombre d'arrêts l'avaient contredite; et depuis, il en a été rendu plusieurs autres qui ont consacré les principes de cet auteur.

On en trouve, dans l'une et dans l'autre époque, jusqu'à onze.

Le premier est du mois de décembre 1567; il en est fait mention dans le traité de Duval, *de rebus dubiis*, et dans le recueil d'Anne Robert.

Le second est du 24 juillet 1584.

Le troisième a été rendu le 31 août 1618, sur les conclusions de M. Servin. Il est rapporté par Bardet.

Le quatrième est du 10 février 1659.

---

(1) Les deux plus récens sont de 1751; ils ont été rendus, l'un à la quatrième, et l'autre à la cinquième chambre des enquêtes; mais le second a été rétracté par une requête civile entérinée sur les conclusions de M. l'avocat général Séguier.

(2) *V.* le titre du Digeste, *de servo corrupto*.

Source : BIU Cujas

Le cinquième est intervenu le 17 août 1666, sur les conclusions de M. l'avocat général Talon. On le trouve au Journal des audiences dans l'ordre de sa date.

Le sixième et le septième sont du 18 avril et du mois de septembre 1668.

Le huitième, du 21 janvier 1672, est rapporté au premier tome du Journal du palais, avec un grand détail de raisonnemens et d'autorités.

Le neuvième a été rendu le 12 février 1744, sur les conclusions de M. Gilbert, avocat général. Il a confirmé la substitution faite par Guillaume Thomin, commissaire au châtelet, au profit des enfans de son fils. Le nommé Boissy et Marie Neveu, sa femme, créanciers de celui-ci, ont été déboutés de leur demande en distraction de sa Légitime.

Le dixième et le onzième sont de l'année 1760; l'un du 23 mars, l'autre du 4 septembre. On a rapporté celui-ci sous le mot *Exhérédation*, §. 7. Voici l'espèce de celui-là.

François Brunot, a eu trois enfans, François-Jacques, Jean-Baptiste-Pierre, et René: il a fait, le 2 juillet 1731, un testament, par lequel il déclare, « que la mauvaise conduite de ses trois fils, qui ont dissipé leurs biens, à eux échus par le décès de leur mère, et ceux qu'il leur a donnés en avancement d'hoirie pour leur établissement, ayant contracté des dettes immenses, qui absorbaient les biens qui pourraient leur revenir après son décès, et consommé, par leurs dérèglemens, le prix des charges, tant militaires que de finance, qu'il leur avait achetées, montant à plus de cent mille liv.; cette juste et nécessaire attention le force à prendre des précautions pour assurer ce qui lui reste de biens, et le conserver à leurs enfans et à leurs descendans ». — Dans cette vue, le testateur institue ses légataires universels les enfans nés et à naître de ses deux fils aînés: il réduit les pères à un simple usufruit non saisissable par leurs créanciers; il institue son troisième fils son légataire universel, à la charge de substitution en faveur des enfans qu'il pourra avoir, et à défaut d'enfans, en faveur des enfans de ses deux frères; et il veut que l'usufruit qui lui restera, au moyen de cette substitution, soit non saisissable par ses créanciers. — Après la mort du testateur les scellés ont été apposés: il y a eu cent trente-quatre opposans, tous sur les enfans. Le père ne devait rien: les dettes des trois enfans montaient à près d'un million. Les créanciers ont demandé la distraction de la Légitime; ils en ont été déboutés par une sentence rendue le 16 mars 1733, après une plaidoirie de quatre audiences: cette sentence a été déclarée commune avec d'autres créanciers, par un jugement du 14 avril 1734, et l'exécution en a été ordonnée par deux autres des 12 et 26 octobre 1742. — C'était sur l'appel de toutes ces sentences qu'il s'agissait de prononcer: et par l'arrêt cité, rendu à la grand'chambre, au rapport de M. l'abbé Terray, elles ont été confirmées, avec amende et dépens.

Voilà le dernier état de la jurisprudence sur cette matière; et s'il est permis de croire que des arrêts fondés sur les vrais principes, feront à jamais la loi, on doit s'assurer que cette jurisprudence ne souffrira plus de variations.

Trois raisons très sensibles justifient notre assertion.

1° On a démontré, dans le §. 1 de cette section, qu'un père est autorisé à priver son fils prodigue de sa Légitime, pour le réduire à de simples alimens; et c'est une vérité incontestable. Or, quelle est la conséquence de cette vérité? — Le père peut-il être gêné dans l'exercice de son droit par les créanciers de son fils prodigue? Le père ne leur doit rien; il n'a point contracté avec eux: les engagemens auxquels son fils s'est soumis, forment la preuve de sa dissipation: c'est cette dissipation qui est le fondement de la disposition du père. Il y aurait donc une contradiction évidente dans la loi, si elle donnait au père une faculté dont il ne pourrait pas faire usage. Tant qu'il n'y a pas de prodigalité, le père ne peut pas priver son fils de sa Légitime; mais lorsque la prodigalité est assurée, le père usera inutilement de l'autorité que lui confie la loi, si la distraction de la Légitime peut être demandée par les créanciers de son fils.

2° Le droit donné au père de priver son fils prodigue de sa Légitime, a pour objet la conservation des biens dans les familles: il est naturel qu'un père qui a ménagé avec soin le patrimoine qu'il a reçu de ses ancêtres, et qui l'a augmenté, ou par son travail ou par son économie, ait la satisfaction de le transmettre à ses descendans. Le législateur a voulu que le père, en mourant, fût assuré que son bien ne serait pas la proie des créanciers de l'enfant prodigue. Tel est le principal motif de la loi *Potuit pater providere nepotibus.* Cet objet serait-il rempli, si les créanciers du fils obtenaient la distraction de sa Légitime? — Ce n'est pas tout: l'exhérédation officieuse est établie moins en haine de l'enfant prodigue qu'en sa faveur. — La loi a voulu que le père laissât à ses enfans une Légitime, parceque, leur ayant donné la vie, il a contracté l'obligation de leur laisser au moins une partie de son bien à titre de subsistance; la loi a fixé cette obligation à une certaine portion qu'elle a appelée *Légitimaire.* — Mais dans l'exhérédation officieuse, la subsistance de l'enfant prodigue est assurée, puisque le père est obligé de lui laisser des alimens: *Eique quod sufficeret alimentorum nomine certum legasset.* Ces alimens ne peuvent pas lui échapper: s'il avait la jouissance libre de sa Légitime, elle serait en peu de temps absorbée, et il se trouverait réduit à la plus cruelle extrémité. C'est cet inconvénient que la loi a prévu, et auquel elle a voulu apporter un remède salutaire: les alimens qu'elle lui assure, sont une table qu'elle lui présente dans son naufrage; il a un intérêt évident d'en profiter. — Mais si l'on accorde à ses créanciers la distraction de la Légitime, toutes les vues de la loi sont dérangées; les principes de sagesse qui l'ont conduite,

Source : BIU Cujas

perdent leur effet ; l'enfant est privé de ses alimens : car il ne peut pas avoir deux Légitimes, l'une en propriété, l'autre en usufruit. La distraction accordée aux créanciers, fait cesser la disposition qui assure ses alimens ; et, par une suite nécessaire, on fait tourner au détriment des enfans, l'institution de la Légitime, qui n'a été faite qu'en leur faveur. — En un mot, on peut dire que la loi a établi deux sortes de Légitimes : l'une en faveur des enfans dont la conduite n'a rien de répréhensible ; c'est une portion de biens en propriété, l'enfant en doit jouir librement, et il a la liberté de la transmettre à sa postérité ; l'autre est destinée aux enfans prodigues, elle répond à leur situation ; on ne peut pas les en priver sans s'écarter des sentimens d'humanité qui ont animé la loi : cependant ils perdraient cette Légitime, si la prétention des créanciers était autorisée.

3° Enfin, il est de principe général que les créanciers n'ont pas plus de droit que leur débiteur : l'enfant prodigue ne peut pas se plaindre du jugement de son père ; son créancier, qui n'a qu'un intérêt subordonné, ne doit donc pas être écouté. — Le créancier a pu contracter avec le fils de famille ; le titre de sa créance n'est pas nul, tant que l'enfant devenu majeur, n'a pas été interdit pour cause de prodigalité : mais ce créancier doit s'imputer sa trop grande confiance et sa facilité ; il a suivi la foi d'un homme qui n'avait aucun droit acquis : son débiteur avait une espérance ; mais il pouvait en être frustré, ou par son prédécès ou par une exhérédation officieuse : le créancier est présumé s'être volontairement exposé à tous ces événemens. — Supposons pour un moment qu'un fils contracte un mariage sans le consentement de son père, avant le temps fixé par les dispositions des ordonnances ; il a mérité l'exhérédation : son père la prononce, et il n'y a aucun moyen de la détruire. Les créanciers de cet enfant pourront-ils faire valoir la bonne foi avec laquelle ils ont contracté, et demander leur paiement sur la portion que l'enfant aurait dû avoir dans la succession du père? cela ne serait pas proposable. — Supposons encore qu'un enfant soit réduit à sa Légitime, et qu'après la mort de son père, les dettes de cet enfant excèdent le montant de la Légitime même ; les créanciers seront-ils recevables à contester la disposition du père, lorsque son fils ne peut proposer aucun moyen? Très certainement non. — Et s'il en est ainsi dans le cas, soit de l'exhérédation complète, soit de la réduction à la Légitime, comment pourrait-il en être autrement de l'exhérédation officieuse ? — L'enfant débiteur hypothèque au profit de son créancier tous ses biens présens et à venir : les biens du père ne peuvent pas être compris dans les biens présens ; ils ne peuvent être placés que dans la classe des biens à venir. Mais le père n'était pas obligé de laisser tous ses biens à son fils ; il avait la voie de droit, ou de prononcer l'exhérédation, ou de réduire à la Légitime, ou de réduire aux alimens. L'enfant n'a pu donner pour gage que l'espérance qu'il avait de succéder à son père : le créancier a pris cette espérance dans l'état où elle était, avec tous les événemens qui la rendaient incertaine ; il s'en est contenté ; il n'a de reproches à faire qu'à lui-même. — Ce n'est point ici le cas d'argumenter des formalités prescrites pour la publication des substitutions ; le père n'est point obligé de faire connaître ses dernières volontés. L'enfant n'a aucun droit pendant tout le temps que son père est vivant ; c'est le moment du décès qui donne ouverture au droit du fils : alors le fils doit prendre ce que le père lui laisse, avec les charges et les conditions qui y sont attachées. Toutes les fois que la loi autorise la disposition du père, la condition du créancier doit être la même, parceque le droit du fils n'existe que sous certaines conditions autorisées par la loi, et sans les quelles l'enfant débiteur ne pourrait rien prétendre. — Il est vrai qu'une substitution ne peut être opposée aux créanciers que lorsqu'elle a été publiée ; qu'elle ne produit d'effet à leur égard que du jour de sa publication : mais ces règles n'ont d'effet que relativement aux biens qui sont dans la possession du débiteur ; elles n'en ont aucun relativement à ceux sur lesquels l'enfant débiteur n'a qu'une expectative, qui peut ou manquer, ou ne se réaliser qu'avec des charges ou des modifications. — Les dernières dispositions du père transmettent les biens aux petits-enfans : ainsi, dans aucun temps, les créanciers de l'enfant prodigue n'ont pu y acquérir ni hypothèque, ni aucun autre droit, parceque jamais ils n'ont appartenu à leur débiteur : ils ne cessent point d'appartenir au père, tant qu'il est vivant, et ils passent aux petits-enfans. Aussi les créanciers ne peuvent-ils soutenir leur système, qu'en supposant qu'un enfant est propriétaire des biens de son père, même pendant sa vie, et que le père n'est qu'un simple usufruitier ; mais c'est abuser de la fiction de droit, que le père et le fils sont censés la même personne ; la continuation de propriété du père aux enfans ne va pas jusqu'à dépouiller le père vivant.

On ne peut pas dire que le père trompe les créanciers de son fils, qu'il les induise en erreur ; le père use de son droit. Celui-là ne commet point de fraude, qui ne fait qu'exercer un droit légitime. Les créanciers doivent connaître la condition de celui avec qui ils contractent ; ils doivent savoir que leur débiteur est enfant de famille, assujetti à l'autorité de son père : ils ne doivent pas même ignorer que cet enfant de famille est de mauvaise conduite, qu'il a dissipé ce dont il jouissait avant de faire des emprunts. La mauvaise conduite est presque toujours publique et connue ; on peut aisément en acquérir la certitude, lorsqu'on n'en a point de connaissance personnelle. — Si l'enfant débiteur renonçait par fraude à la Légitime qui lui est due, la réclamation des créanciers serait alors favorablement écoutée : mais quand la privation de la Légitime est fondée sur la disposition de la loi, les créanciers ne doivent point avoir plus de droit que leur débiteur. — Les créanciers sont d'autant

Source : BIU Cujas

plus mal fondés, que c'est contre eux que la loi a été faite; c'est pour soustraire les biens à leurs poursuites, que le père a été autorisé à réduire son fils à la Légitime : la loi a autant en vue les créanciers antérieurs à la substitution que les créanciers postérieurs, puisque c'est l'existence des créanciers antérieurs qui forme la preuve de la dissipation.

Ces réflexions répondent à toutes les objections qu'on oppose à la jurisprudence actuelle. On cite plusieurs auteurs et plusieurs arrêts : mais ces autorités sont détruites par des autorités contraires; et dans une matière aussi intéressante, il serait dangereux de se fixer à des arrêts qui nécessairement doivent dépendre de circonstances particulières. Tantôt la prodigalité n'est pas prouvée, tantôt elle n'est pas exprimée dans le testament; et dans un cas comme dans l'autre, ce n'est point le droit que les arrêts jugent, mais le fait seul.

III. Lorsque le légitimaire n'est pas exclu justement de la portion que la nature et la loi lui donnent, ses créanciers peuvent en demander la distraction libre et entière. On a même vu plus haut, sect. 3, §. 5, que la jurisprudence française ne permet pas à leur débiteur de les priver de ce droit, par la renonciation qu'il y ferait lui-même. Aussi n'a-t-on jamais fait la moindre difficulté de recevoir leur réclamation, lorsque le légitimaire l'approuvait expressément, ou au moins par son silence. — Brodeau en rapporte deux arrêts des 9 mars 1609 et 29 juillet 1625. — Basnage en cite un autre rendu en 1658. — Le Journal des audiences nous en fournit un quatrième du 30 août 1664. — « Nous en avons un cinquième, (disent les rédacteurs du Journal du palais) qui met encore la question hors de toute difficulté. Il a jugé, le 15 mars 1672, que nonobstant la substitution faite par le testament de M. le prince de Guémené père, de toute la portion héréditaire de son fils puîné, sans cause de dissipation, M. le prince de Guémené, fils puîné, était en droit, conjointement avec ses créanciers, de demander distraction de sa Légitime en corps héréditaires ». — Il y en a un sixième du 6 septembre 1674, rapporté dans la section 6 de cet article. — On en trouve un septième du 30 juin 1678 dans le Journal du palais.

Le parlement de Flandre a jugé la même chose par arrêt du 8 août 1729; et cette décision est très remarquable, en ce qu'elle prouve que la jurisprudence belgique n'exclut les créanciers de la demande en distraction de Légitime, que lorsque leur débiteur y a renoncé expressément. En voici l'espèce. — Le sieur Gaspard Hériguer avait substitué, par son testament du 30 novembre 1625, tous les biens qu'il avait laissés à sa fille. Celle-ci en avait joui jusqu'à son décès, sans penser à en distraire sa Légitime. Après sa mort, ses créanciers demandèrent cette distraction : on leur opposa le consentement qu'elle avait donné à l'exécution du fidéicommis sur toute sa portion héréditaire; ce qu'on prouvait, 1° par l'acceptation qu'elle avait faite judiciairement des dernières volontés de son père, avec promesse de les remplir; 2° par le partage qu'elle avait fait avec ses frères, et dans lequel il était dit qu'elle *se soumettait le tout laisser à la conservation de ladite clause de fidéicommis, sans jamais aller contre, renonçant par foi et serment à toutes choses contraires.* Les créanciers ont répondu qu'à la vérité, une renonciation expresse de la part de leur débitrice, aurait formé, suivant les lois romaines et les arrêts du parlement de Flandre, une barrière insurmontable contre leur demande; mais que la demoiselle Hériguer ne pouvait pas être censée avoir répudié sa Légitime par l'approbation vague et générale qu'elle avait donnée au testament; que par conséquent ils étaient fondés à en réclamer la distraction, puisque c'était un bien dont elle était saisie au moment de sa mort. Sur ces raisons, est intervenu l'arrêt cité, au rapport de M. de Forêt, qui « déclare la Légitime de ladite Hériguer soumise à ce qui reste dû aux demandeurs de l'obligation de 38,000 livres de gros, du 2 juillet 1640, etc. »

Le parlement de Paris vient de confirmer cette jurisprudence par un arrêt célèbre, dont voici l'espèce. — Le duc de Bouteville épousa en 1717 la demoiselle d'Arlus de Vertilly. Leur contrat de mariage portait une donation universelle de tous leurs immeubles, présens et à venir, qui leur appartenaient, ou leur échoiraient par succession, donation ou legs, au fils aîné à naître du mariage, avec charge de substitution en faveur de l'aîné mâle de cet enfant, et ainsi à l'infini, tant que la substitution pourrait s'étendre. — De ce mariage est né un seul enfant, le duc d'Olonne. — En 1735, il épousa, âgé de seize ans, la demoiselle de Bullion de Fervaque, et prit dans le contrat de mariage la qualité de « donataire de tous les biens compris dans la donation de son père et de sa mère, aux charges de substitution y portées ». Devenu veuf, il reprit les mêmes qualités en 1753, dans un second contrat de mariage passé avec la dame de La Rochefoucault, et dans un troisième contrat de mariage en 1762 avec la demoiselle de Marteville. — Le duc d'Olonne n'a eu d'enfans que de son premier mariage; c'étaient le duc de Luxembourg, le prince de Luxembourg, et la demoiselle de Luxembourg, mariée au marquis de Serrant. — Par acte passé devant notaire le 23 février 1767, le duc d'Olonne a renoncé, moyennant une rente viagère, au bénéfice de la donation que lui avaient faite son père et sa mère, et a consenti que la substitution demeurât ouverte au profit du duc de Luxembourg son fils aîné, comme premier appelé après lui. Le duc et la duchesse de Bouteville vivaient encore : celle-ci est décédée en 1769. — Un arrêt du 10 décembre 1773 a envoyé le duc de Luxembourg, le prince de Luxembourg, et la dame de Serrant, leur sœur, en possession des biens échus au duc d'Olonne, pour le paiement de leurs créances du chef de la demoiselle de Fervaque leur mère, à la charge de rendre compte aux autres créanciers de leur père, le duc d'Olonne, unis en corps de direction. Cette même année, les créanciers ont formé une de-

Source : BIU Cujas

mande en distraction de Légitime, qui a été renvoyée aux requêtes du palais. — Le 31 août 1778, sentence qui donne acte au tuteur à la substitution de ce qu'il s'en rapporte à la prudence de la cour; et, du consentement du duc de Luxembourg, ordonne que la Légitime sera distraite au profit des créanciers sur la succession de la dame de Boutevilie; ordonne l'estimation des biens, pour être procédé au partage, si faire se peut, sinon, à la licitation pardevant le commissaire de la cour nommé à cet effet; le duc de Luxembourg, comme l'un des premiers créanciers, chargé des opérations. — Le 29 août 1781, M. le procureur général, comme chargé de veiller aux droits des substitutions, a interjeté appel de la sentence de distraction. — Le tuteur à la substitution en a également appelé; et c'est ce qu'a aussi fait le duc de Luxembourg, en prenant des lettres de rescision contre son acquiescement à la demande en distraction. — La cause a été plaidée sur l'appel, par MM. Courtin et de Bonnières, pour le tuteur à la substitution et pour le duc de Luxembourg; par M. Martineau, pour le prince de Luxembourg et la dame de Serrant, créanciers du duc d'Olonne, à raison des indemnités et reprises de feu la dame d'Olonne leur mère; et par M. Target, pour les syndics et directeurs des créanciers unis du duc d'Olonne. — On soutenait, en faveur de la substitution, que les créanciers étaient mal fondés dans leur demande en distraction de Légitime; et l'on invoquait « la faveur des contrats de mariage, qui sont des actes synallagmatiques, obligatoires pour tous les contractans, dont l'effet est de lier, par des engagemens mutuels et réciproques, les donateurs, le donataire, et les deux familles qui contractent sous cette assurance ». On prétendait qu'il ne doit pas y avoir lieu à une demande en distraction de Légitime de la part d'un enfant qui doit recueillir la totalité des biens de son père et de sa mère, en qualité de donataire universel par son contrat de mariage, le vœu de la loi étant beaucoup mieux rempli quand l'enfant reçoit tout, que lorsqu'il restreint ses droits à la moitié; qu'il est toujours permis à un père et à une mère de faire la condition du légitimaire meilleure, et à celui-ci de l'accepter; que les créanciers n'ayant pas plus de droit que leur débiteur, ne peuvent exercer que les droits que l'intérêt du légitimaire bien entendu lui aurait conseillé de soutenir; que la faveur de la Légitime n'a été introduite que pour l'avantage des enfans; qu'elle n'a d'autre objet que leur subsistance; que si la loi a défendu aux pères et aux mères d'y porter atteinte, c'est parcequ'elle a voulu que les enfans trouvassent une subsistance assurée dans leur Légitime; que ce serait abuser évidemment de l'esprit et des termes de la loi, que d'interpréter contre les enfans un privilège qui n'a été créé que pour eux; en un mot, que ce serait les priver eux et leur postérité de biens que la prudence et la sagesse de leurs aïeux avaient voulu leur assurer. — De la part des créanciers, on a établi en point de droit, que jamais un enfant ne peut être privé de sa Légitime entière et franche par le fait de son père et de sa mère; que, quelques dispositions que fassent le père et la mère, l'enfant qui n'a pas encouru leur disgrace, doit toujours avoir sa Légitime, et l'avoir en pleine propriété et sans aucune charge, à moins qu'il n'y ait renoncé expressément et dans un temps utile, c'est-à-dire, postérieurement à l'ouverture des successions, toute autre renonciation antérieure étant nulle. Ils ont d'ailleurs établi, dans le point de fait, que jamais leur débiteur n'avait renoncé expressément, ni été à même de renoncer à la demande en distraction de Légitime; que dès-lors, ayant toujours été en droit de former cette demande, les créanciers, qui exercent tous les droits de leur débiteur, sont bien fondés à la demander. — M. l'avocat général Séguier avait été frappé des moyens présentés en faveur de la substitution, contre la demande des créanciers; il les avait même développés avec toute l'énergie dont il est capable, et avait conclu à l'infirmation de la sentence et à ce que les créanciers fussent déboutés de leur demande. — Mais l'arrêt du 9 août 1782, après un *délibéré sur-le-champ*, a confirmé la sentence des requêtes.

Section VIII. *De la liquidation de la Légitime.*

Une fois la quotité d'une Légitime bien connue, il reste à en faire la liquidation, c'est-à-dire, déterminer les objets qui doivent la former, et mettre le légitimaire à portée d'en obtenir la distraction ou de s'en procurer le paiement.

Pour faire cette opération avec justesse, il est essentiel de savoir, 1° quelles personnes on doit compter pour supputation de la Légitime; 2° quels biens on doit faire entrer dans ce calcul; 3° quelles imputations le légitimaire est tenu de souffrir.

§. I. *Des personnes que l'on doit compter pour la supputation de la Légitime.*

I. Nous avons fait voir que la Légitime est tantôt le tiers, tantôt la moitié, tantôt les deux tiers de la portion qu'on aurait recueillie *ab intestat.*

Cette quotité, à entendre Lebrun, est toujours en raison inverse du nombre des copartageans *ab intestat;* en sorte que plus il y a de copartageans, moins elle est forte; et moins il y a de copartageans, plus elle est considérable. Il importe donc à un légitimaire, suivant le même auteur, qu'il y ait peu de personnes à compter dans la supputation dont il s'agit; et au contraire, l'intérêt de celui qui est chargé de fournir la Légitime, demande qu'il y en ait beaucoup.

Cette observation est indistinctement vraie dans la coutume de Paris et dans toutes celles qui ne font pas dépendre la quotité de la Légitime du nombre des légitimaires: mais elle trop générale pour le droit romain et les coutumes qui s'y conforment. En effet, lorsqu'il s'agit de fixer la quotité d'une Légitime, les légitimaires sont certainement intéressés à ce que le nombre des copartageans *ab intestat* soit de cinq, plutôt que de quatre, puisqu'au

Source : BIU Cujas

premier cas, leur Légitime est la moitié de leur portion *ab intestat*; au lieu que dans le second, elle n'en forme que le tiers. Ce n'est que quand la quotité est déterminée et qu'il ne s'agit plus que d'en régler la distraction, que les légitimaires ont intérêt d'avoir peu de concurrens : alors, il est vrai, leur condition est d'autant plus avantageuse, que le nombre des copartageans *ab intestat* est moins grand. Supposons par exemple, qu'un père laisse six enfans, et qu'un autre en laisse huit; les premiers et les seconds auront également pour Légitime la moitié de ce qu'ils auraient eu *ab intestat*; mais cette moitié sera plus forte pour les uns que pour les autres, parceque ceux-ci n'ayant droit *ab intestat* que d'un huitième chacun, leur Légitime ne peut être que d'un seizième : au lieu que ceux-là ayant droit *ab intestat* d'un sixième chacun, leur Légitime doit être d'un douzième.

Ainsi, selon le système du droit romain, lorsqu'on fait entrer quelqu'un dans une supputation de Légitime, c'est tantôt pour augmenter la portion du légitimaire, et tantôt pour la diminuer. — Il importe de ne pas perdre de vue cette distinction : outre qu'elle empêche de confondre deux choses très distinctes l'une de l'autre, elle peut encore simplifier certaines questions que les commentateurs ont embrouillées.

II. On dit communément des personnes qui entrent dans la supputation, qu'elles font part : cette expression ne convient qu'à ceux dont l'existence fait diminuer la Légitime : celle de *faire nombre* est plus juste, parcequ'elle s'applique aussi bien à l'augmentation qu'à la diminution.

III. Ces notions présupposées, voyons quelles sont les personnes qui font nombre, et quelles sont celles qui ne le font pas.

Dans la première classe, sont incontestablement tous ceux qui, ayant le droit de prendre une Légitime, la prennent effectivement, ou se portent héritiers; c'est une de ces vérités qui se sentent d'elles-mêmes, et qu'on obscurcirait en voulant les démontrer. Voilà pourquoi les frères sont comptés dans la liquidation de la Légitime d'un as cendant, lorsque le défunt a institué une personne infâme.

Il faut cependant remarquer que ceux qui ont droit de Légitime, sont quelquefois comptés d'une manière différente les uns des autres. C'est ce qui arrive dans le cas où des petits-enfans concourent avec leurs oncles ou leurs tantes dans la succession d'un aïeul; car alors ils ne font tous ensemble qu'une tête, tandis que chacun des oncles et des tantes fait nombre à part.

IV. Jusqu'ici tout est clair; mais voici quelque chose de plus embarrassant. Il peut arriver qu'une personne refuse d'exercer un droit de succession ou de Légitime, quoiqu'il soit ouvert en sa faveur : dans ce cas, fera-t-elle nombre ?

Il faut distinguer, 1° si la renonciation est gratuite ou faite moyennant une récompense quelconque; 2° si, étant gratuite, elle est pure et simple, ou en faveur de quelqu'un.

× Lorsque la renonciation est tout à la fois gratuite, pure et simple, celui qui l'a faite, ne doit point être compté dans la supputation de la Légitime. — C'est ce qu'établissent Ricard, † Lebrun, Rousseaud de Lacombe; et c'est ce qui résulte clairement de la loi 17, D. *de inofficioso testamento* : celui, dit-elle, qui répudie la querelle d'inofficiosité dont il pourrait se servir pour faire casser un testament, ne fait point part au préjudice de ceux qui veulent intenter cette action : *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit iis qui eandem querelam movere volunt.* — La loi 10, §. 4, D. *de bonorum possessione contra tabulas*, établit implicitement la même chose, en mettant en principe que toute personne qui ne prend rien, ne doit point faire part : *liberi qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios committatur edictum; quò enim bonum est eis favere, ut partem faciant, nihil habituris?* — On peut ajouter avec Lebrun, liv. 2, art. 3, sect. 6, n. 4, « que la Légitime étant une certaine portion de ce qu'on aurait eu *ab intestat*, il n'est pas juste que celui qui est exclus par..... sa renonciation pure et simple, et qui ne serait pas venu à la succession, fasse part dans la Légitime pour diminuer les portions des légitimaires.... C'est ainsi qu'en matière de substitution, celui qui ne recueille pas actuellement le fidéicommis, n'est point compté et ne fait point de degré, parceque les degrés se comptent avec effet, et ne se peuvent trouver remplis que par une restitution actuelle ».

† Donat. part 3. n° 378.
× Succ. liv. 2 ch. 3. sect. 1. n°. 9.

Ce passage et les lois citées ne roulent que sur la question de savoir si le renonçant fait *part*, c'est-à-dire, s'il doit être compté pour la diminution de la Légitime : mais on peut dire indistinctement qu'il ne fait pas *nombre*, c'est-à-dire, qu'on ne doit pas non plus le compter pour l'augmentation. — En effet, pourquoi l'empereur Justinien a-t-il voulu que la quotité de la Légitime augmentât en raison directe du nombre des successeurs *ab intestat*; en sorte qu'elle fût bornée au tiers, lorsque ceux-ci ne seraient pas plus de quatre, et qu'elle fût portée à la moitié, quand ils excèderaient ce nombre ? C'est parceque naturellement la quotité d'une portion *ab intestat* doit être d'autant moins avantageuse, que la portion elle-même est plus petite, et que la portion est toujours d'autant plus petite, que le nombre des copartageans est plus grand. Justinien n'a donc cherché, dans sa novelle 18, qu'à compenser le tort que faisait aux légitimaires la multitude des copartageans : et en effet, il leur a rendu, ou du moins il a cru leur rendre, par l'augmentation de la quotité à prendre sur leur portion *ab intestat*, ce que leur ôtait la diminution de la portion même. Or, celui qui renonce purement et simplement à l'hérédité, ne diminue pas la portion de ses cohéritiers, puisqu'il ne concourt point avec eux; il ne diminue pas non plus la quotité à prendre sur cette portion, puisqu'on ne peut pas entamer une partie, lorsqu'on laisse le tout entier,

Source : BIU Cujas

il n'est donc pas possible de lui appliquer le motif de la novelle 18; et comme on ne doit pas étendre une loi au-delà de la raison qui l'a fait porter, sa personne ne doit être d'aucune considération pour le règlement de la quotité de la Légitime.

V. Lorsque la renonciation est à la vérité gratuite, mais en faveur, il faut distinguer si elle a été faite au profit de tous les héritiers, ou d'un d'entre eux. Dans le premier cas, le renonçant ne fait point nombre, parceque c'est absolument la même chose de renoncer purement et simplement, ou de le faire en faveur de tous ceux que la loi appelle à la succession. « Car (dit Lebrun), si quelqu'un renonce au profit de ses frères et de ses sœurs, avec clause de cession et transport, il semble qu'il ne fait que s'abstenir de la succession, et que sa cession n'est en effet qu'une renonciation pure et simple, parcequ'elle n'a que le même effet, ses frères et ses sœurs profitant également de sa renonciation, et l'un d'entre eux n'étant pas plus favorisé que l'autre ».

Si la renonciation est en faveur d'un seul, ou même de plusieurs d'entre les cohéritiers, elle a tout l'effet d'une cession; et comme on ne peut rien donner sans l'avoir acquis auparavant, elle équivaut à une acceptation d'hérédité de la part de celui qui la fait. Or, il est constant qu'on doit compter et mettre en nombre tous ceux qui, ayant droit de Légitime, prennent réellement part à la succession. Il faut donc nécessairement faire entrer le renonçant dont il s'agit, dans la supputation de la Légitime, comme Dumoulin sur l'ancienne coutume de Paris, §. 9, gl. 4, n. 7, le fait entrer dans la liquidation du droit d'aînesse.

Les arrêts ont confirmé la différence que nous venons d'établir entre la renonciation pure et simple, et la renonciation en faveur de quelques uns des cohéritiers. Voici ce que dit à ce sujet Montholon, §. 58: « Si la renonciation est faite en faveur de l'aîné ou des mâles, la Légitime ne se prend que sur ce qui reste, les portions des renonçans distinctes entièrement. ...; c'est un arrêt du 2 juin 1607, donné à la première, qui l'a ainsi jugé: que si la renonciation est faite simplement, sans considération des mâles, on a jugé par arrêt du 1er février 1600, au rapport de M. de La Nauve, que la Légitime se prend sur la masse, sans distraire les portions de ceux qui ont renoncé ».

VI. Une renonciation peut n'être pas gratuite de deux manières, ou parceque le renonçant a reçu quelque chose pour s'abstenir, ou parcequ'il s'est abstenu pour se dispenser de rapporter une donation que le défunt lui avait faite.

Au premier cas, Lebrun dit indistinctement que le renonçant ne fait pas nombre; mais cette décision est trop générale: vraie dans certaines espèces, elle est fausse dans d'autres.

Pour se former là-dessus des idées nettes et précises, il faut distinguer si la renonciation a été achetée par tous les copartageans, ou seulement par quelques uns d'entre eux.

Dans la première hypothèse, il est certain que le renonçant ne fait pas acte d'héritier; la loi 24, D. *de acquirendâ vel omittendâ hereditate*, ne laisse là-dessus aucun doute: *fuit quæstionis an pro herede gerere videatur qui pretium hereditatis omittendæ causâ cepit; et obtinuit hunc pro herede non gerere, qui ideò accepit ne heres sit.* — On ne doit donc pas le considérer dans la supputation de la Légitime, puisque, d'un côté, il est censé n'avoir point d'existence par rapport à la succession, et que, de l'autre, on ne peut pas lui appliquer le motif pour lequel nous disions tout à l'heure que Justinien a augmenté la quotité de la Légitime à proportion du nombre des légitimaires. — Il ne faut d'ailleurs que du bon sens pour se convaincre de cette vérité. Que fait un héritier, lorsqu'il s'abstient en considération de la récompense que lui donnent tous ses copartageans? Il renonce certainement en faveur de chacun d'eux: or, nous venons de voir qu'on ne doit jamais compter l'héritier qui renonce en faveur de tous ceux que la loi appelle *ab intestat*; il n'est donc pas possible que celui dont nous parlons, fasse nombre; et comment le ferait-il? Serait-ce pour diminuer la Légitime? mais les légitimaires ont payé leur part du prix de sa renonciation; il est donc juste qu'ils en profitent: or, ils n'en peuvent profiter qu'en le faisant retrancher de la supputation. Serait-ce au contraire pour augmenter la Légitime? Mais les héritiers qui doivent la fournir, ont contribué, comme les légitimaires, à l'achat de la renonciation; il faut donc aussi qu'ils en recueillent le fruit; et tout le profit qui peut en résulter pour eux, c'est que le renonçant ne fasse pas nombre à leur désavantage. Ainsi, la contribution des héritiers et des légitimaires au paiement du prix de la renonciation, forme à cet égard une balance exacte entre les premiers et les seconds, et empêche que l'existence du renonçant ne nuise ni ne profite aux uns et aux autres.

Lorsque la renonciation n'a été achetée que par quelques uns des copartageans, il faut sous-distinguer si elle est pure et simple, ou en faveur des acheteurs.

Si elle est en faveur des acheteurs, elle leur transporte la part légale du renonçant: celui-ci est donc censé succéder par leur ministère, et par conséquent il fait nombre; cette résolution doit souffrir d'autant moins de difficulté, qu'elle a même lieu, comme on vient de le voir, dans l'espèce d'une cession gratuite, déguisée sous le nom de renonciation en faveur.

Si la renonciation achetée par quelques uns des copartageans est pure et simple, elle n'emporte point d'appréhension d'hérédité de la part de celui qui l'a faite, et conséquemment elle devrait à la rigueur le faire retrancher indistinctement de la supputation de la Légitime. Cependant il serait injuste de tourner l'effet de la renonciation contre son acheteur, puisqu'il n'en a payé le prix que sous la condition d'en profiter: ainsi, lorsque son avantage demande que le renonçant fasse nombre,

Source : BIU Cujas

on doit faire entrer celui-ci dans la supputation ; et ce n'est que dans le cas contraire, qu'il faut l'en exclure.

VII. A l'égard de celui qui renonce pour se tenir à une donation que le défunt lui a faite, on prétend qu'il a été rendu deux arrêts sur la question de savoir s'il doit faire nombre ; mais il n'y en a qu'un sur lequel on puisse compter et que l'on doive prendre pour règle de décision. — Ces arrêts sont des 14 août 1581 et 1er février 1620.

Le premier, dit Lebrun, « jugea que les renonçans *aliquo dato*, font nombre, pour savoir si l'on doit compter sur quatre enfans ou sur un plus grand nombre, et donner le tiers ou la moitié pour la Légitime, selon le droit écrit. Mais les parties ne prétendaient pas faire juger la question de savoir qui profiterait des parts des renonçans, déclarant qu'elles se réservaient de le faire décider, lorsqu'il s'agirait de l'exécution de l'arrêt ». Cet arrêt juge, comme on le voit, que le renonçant fait nombre pour augmenter la Légitime, et laisse indécise la question de savoir s'il fait aussi nombre pour la diminuer.

« Le second (c'est toujours Lebrun qui parle), était dans l'espèce que Gabriel Leroux avait laissé cinq enfans, un aîné qu'il avait fait son légataire universel, trois filles qu'il avait mariées et dotées, et une qui n'était point donataire, laquelle demandait sa Légitime ; et il s'agissait de savoir si les trois sœurs renonçantes faisaient part et nombre dans la Légitime : sur quoi il fut jugé qu'elles ne faisaient point part ; en sorte qu'on ne devait compter que sur deux enfans, le légataire universel, et la légitimaire, à laquelle on adjugea la quatrième partie des biens. Mais M. Bouguier remarque qu'il fut aussi jugé par cet arrêt, que la Légitime ne se règlerait qu'à raison des biens extans lors du décès, les donations non comprises : en sorte qu'on n'adjugea à cette fille légitimaire que la quatrième partie des biens qui furent trouvés lors du décès, par où il semble qu'on récompensait le légataire universel : car si les trois sœurs renonçantes ne faisaient point part à son profit, aussi, dans l'estimation de la Légitime, on n'avait point d'égard aux donations qui n'augmentaient point la masse des biens, sur laquelle on devait donner à la fille légitimaire ce qui lui était dû pour sa Légitime. Mais il y a bien de l'apparence que cet arrêt a seulement déchargé les trois sœurs mariées de contribuer à la Légitime, comme M. Bouguier le dit lui-même ; mais il n'a pas jugé qu'on ne dût pas faire entrer leur dot dans la masse des biens pour la fixation de la Légitime ; car le contraire avait été jugé par l'arrêt des Brinons, du 27 mai 1558, et semble réglé par l'art. 298 de la coutume de Paris ».

Cet arrêt obscurcit plutôt la question qu'il ne la résout : c'est donc uniquement dans les principes de la matière qu'il faut en chercher la décision.

Ricard, part. 3, n. 1063, soutient généralement que le renonçant dont nous parlons, doit faire nombre, et il en donne une raison très judicieuse ; c'est que la donation doit nécessairement entrer dans la masse des biens sur laquelle la Légitime doit être prise, et que le donataire ne s'y tient, qu'à cause qu'elle surpasse sa portion légitimaire, ou qu'au moins elle la remplit.

On oppose à cet avis une objection assez subtile : c'est de dire que le renonçant ne pourrait faire nombre qu'en qualité d'ayant droit à une Légitime, ou en qualité de donataire ; qu'il ne le fait point nécessairement au premier titre, puisque ceux qui ont naturellement droit à une Légitime, ne font pas toujours nombre ; témoin celui qui renonce gratuitement et absolument ; qu'il ne le fait non plus au second titre, puisque les donataires étrangers n'entrent jamais dans cette supputation.

Voici la réponse de Lebrun, liv. 2, ch. 3, sect. 6, n. 9 : « Lorsque l'enfant qui fait part naturellement, c'est-à-dire, à qui par nature il est dû sa part dans la succession ou dans la Légitime, renonce en se tenant à une donation, il est vrai de dire en ce cas, qu'il a sa portion légitimaire, puisqu'il en a la valeur, et qu'il est donataire en avancement d'hoirie ; ce qui ne se peut trouver ni dans la personne de l'enfant qui renonce sans avoir jamais rien reçu, ni dans la personne d'un étranger : ainsi, il est très juste que cet enfant donataire qui renonce *aliquo accepto*, fasse part dans la supputation : bien loin que les autres enfans aient droit de se plaindre de ce que cela diminue leur Légitime, il faut au contraire qu'ils considèrent que leurs droits diminuent naturellement, à proportion de ce qui a été donné à leur frère, puisqu'il aurait partagé avec eux *ab intestat* ».

A cette réponse le même auteur, liv. 3, ch. 8, sect. 2, n. 80, ajoute une réflexion qui écarte toute espèce de difficulté. « Si (dit-il), on comptait les donations, et si on les faisait entrer dans la masse des biens, sans que les renonçans fissent part, les légitimaires auraient souvent plus que la moitié de ce qu'ils auraient eu, si le père n'avait pas disposé ; ainsi, ce ne serait pas une Légitime. Car supposé qu'il y ait quatre enfans et 40,000 liv. de biens ; que le père ait donné 15,000 liv. à chacun des deux aînés, qu'il ait fait le troisième son légataire universel, et que le quatrième demande sa Légitime ; si l'on compte toutes les donations, et que les donataires ne fassent point part, il s'ensuivra que le fils légitimaire aura 10,000 livres, et cependant c'est tout ce qu'il aurait eu si le père n'avait pas disposé entre-vifs ni par testament : au lieu que les renonçans faisant part, il n'aura que 5,000 livres, et le frère légataire autant : ainsi, ils seront tous deux réduits à leur Légitime ».

Une comparaison très simple achèvera de porter la conviction dans tous les esprits. Tout le monde sait que le droit d'accroissement a lieu entre deux co-légataires unis par les paroles et par la chose : cela posé, on demande si l'esclave de Titius étant

Source : BIU Cujas

légué à Titius même et à Mévius, celui-ci doit en avoir la totalité, parceque l'autre ne peut pas être légataire d'une chose qui lui appartient; ou si Titius fait part dans le legs, à l'effet de réduire Mévius à la moitié. La loi 84, §. 8, au Digeste *de legatis* 1°, embrasse ce dernier parti, parceque Titius prend part dans la chose léguée, sinon par action, au moins par rétention. *Si Titio et Mœvio legatus fuerit Stichus qui Titii erat, debebitur pars Stichi Mœvio : nam Titius, quamvis ad legatum non admittatur, partem faciet.* — Dans notre espèce, le donataire renonçant ne prend point part à l'hérédité par action, mais il la prend par rétention; il faut donc nécessairement qu'il fasse nombre. *V.* ci-après, §. 2, art. 2, quest. 5.

VIII. Nous n'avons parlé jusqu'à présent que des renonçans à une succession ou à une Légitime échue; voyons maintenant si ceux qui ont renoncé à une succession ou à une Légitime avant que le droit en fût ouvert, doivent faire nombre dans la supputation que nous avons à régler.

Il ne faut pas distinguer ici, comme sur la question précédente, si la renonciation est gratuite ou faite moyennant une certaine récompense, parcequ'ayant trait à une succession future, elle ne peut être valable, qu'autant qu'elle est en quelque sorte payée par celui à qui il s'agit de succéder. — Il est vrai que deux de nos coutumes, celles d'Auvergne et de Normandie, excluent de la succession et même de la Légitime, la fille qui a été mariée sans dot, comme celle qui a été dotée convènablement (1); mais il n'en est pas moins certain que la renonciation légale de la première n'est pas plus gratuite que celle de la seconde : il en coûte toujours quelque chose à un père pour marier une fille, même sans dot; d'ailleurs l'établissement qu'il lui procure, est considéré comme un avantage; et l'on verra dans un instant, que les coutumes citées, loin de s'écarter, sur la question dont il s'agit, des principes du droit commun, en ont au contraire adopté expressément les décisions.

Il ne faut pas non plus distinguer, quoi qu'en disent certains auteurs, si la renonciation a été faite au profit de tous les cohéritiers présomptifs, ou seulement de quelques uns d'entre eux; parceque le prix en ayant été acquitté par le défunt, on doit la considérer dans le dernier cas comme une donation qu'il a voulu faire de la part du renonçant, à ceux en faveur desquels la renonciation est stipulée; ce qui les subroge entièrement aux droits du renonçant, et fait que l'hérédité se divise comme s'il succédait en personne, au lieu de succéder par leur ministère.

Cette réflexion décide déjà que le renonçant doit faire nombre dans cette espèce particulière. Mais examinons la question en général.

Barthole et Cujas prétendent qu'on ne doit point compter la fille qui a renoncé à la succession future de son père et de sa mère; mais il est à croire que celui-ci ne pense de la sorte que parcequ'il suppose la renonciation gratuite; et Barthole est certainement dans la même erreur; il suffit de l'entendre pour s'en convaincre : *Ille qui non admittitur ad partem, nec admitti speratur* ALIQUO JURE ACTIONIS, VEL RETENTIONIS, *vel alterius æqualitatis, ut filia quæ renunciavit, vel per se vel per alium, non dicitur facere partem.*

Les auteurs qui ont le mieux connu les principes reçus à cet égard dans notre jurisprudence, ont raisonné différemment. Guypape, décis. 295, dit que la fille qui a renoncé, ne prend point de part dans la succession qu'elle a abdiquée, mais qu'elle ne laisse pas de faire nombre pour la liquidation de la Légitime. *Filia quæ quittavit bona paterna vel materna, facit quidem partem tanquam filia quantùm ad Legitimam, sed non admittitur ad partem.*

Boyer (*Boërius*) établit la même chose, décis. 104 : *Filia quæ renunciavit, facit quidem partem, quia facit numerum, et in numero liberorum est habenda, ut cognoscatur, non quantùm sit Legitima ejus, sed quanta sit Legitima aliorum.*

Maynard, liv. 4, ch. 24, démontre très clairement la justesse de cette résolution. Voici à quoi se réduit en substance tout ce qu'il dit à ce sujet. — Si des enfans qui renoncent à une succession future, moyennant une certaine donation, ne faisaient pas nombre dans la liquidation de la Légitime, ce serait parceque leur part accroîtrait aux légitimaires : or, il est impossible que cet accroissement ait lieu; un exemple très sensible va le démontrer. Il est décidé dans la loi 85, D. *de legatis* 1°, que si de deux co-légataires d'un même fonds, l'un obtient d'abord par action personnelle l'estimation de sa moitié, et que l'autre s'avise ensuite de demander le tout en nature par action réelle, le juge ne doit en accorder à celui-ci que la moitié, et le débouter du surplus, parceque l'autre est censé être venu à partage, et avoir par conséquent éteint le droit d'accroissement, en recevant la valeur de ce qui lui était légué. *Duobus conjunctim fundus erat legatus. Alter partis æstimationem per actionem personalem abstulit. Alter si fundum totum vindicare velit, exceptione doli pro parte dimidiâ repellitur, quia defunctus semel ad eos legatum pervenire voluit.* Il résulte clairement de là, qu'il n'y a point de droit d'accroissement, lorsqu'un des consorts, au lieu de répudier simplement sa part, la vend en quelque sorte, en y renonçant pour une récompense quelconque.—Appliquons cette maxime aux enfans qui renoncent à une hérédité future en considération des avantages actuels qu'ils reçoivent; et nous aurons une preuve démonstrative qu'ils doivent faire nombre.

Coquille, quest. 164, jette un nouveau jour sur cette vérité : « La fille qui a été mariée et dotée, ou apanée par père et mère....., doit être comptée au nombre des enfans, quand on fait état de la Légi-

(1) Il en est de même des constitutions sardes, liv. 5, tit. 7, art. 2.

Source : BIU Cujas

time; car elle n'est pas exclue en haine d'elle, comme est exclus celui qui est déshérité par son père, ains est exclue en faveur de ses frères. Aussi, par la coutume, elle est reçue à demander supplément de sa Légitime, si par sa dot sa Légitime n'est pas remplie; ce qui fait connaître qu'elle doit être comptée au nombre des enfans ».

A ces raisons se réunissent toutes celles que nous avons employées pour faire voir qu'on doit compter l'enfant qui renonce à une succession échue, pour se tenir à une donation entre-vifs; car ce sont les mêmes motifs de décision pour l'une et l'autre espèce.

Aussi la jurisprudence des arrêts a-t-elle admis constamment, par rapport à celle-ci, l'opinion que nous venons d'établir. Nous avons là-dessus des décisions très précises des parlemens de Paris, de Toulouse, de Grenoble et de Bordeaux.

Ecoutons d'abord Papon, liv. 16, tit. 4, n° 11: « Fils ou fille qui ont quitté à la succession du père ou de la mère, sont comptés au calcul de la Légitime, et font pour une portion chacun, combien qu'ils ne soient reçus à ladite portion qui est acquise à l'hoirie..... Ainsi fut jugé par arrêt de Grenoble en l'an 1461, en vidant le procès de la Roche-Chinard, entre les frères Allemans, et par arrêt de Bordeaux allégué par M. Boyer, quest. 103. Cela est vrai d'une fille ou d'un fils qui ont quitté par constitution ou apanage qui leur a été fait ».

Maynard, à l'endroit cité, établit la même proposition, et ajoute: « Ainsi par la cour de Tholose a été jugé en la seconde chambre des enquêtes, au rapport de feu M. Jossé, nous y opinant, entre dame Paule de Viguier, veuve de feu M. Pierre de Maynaguet, trésorier de France, contre Simon de Maynaguet, neveu dudit feu Pierre, le 20 juillet 1583 ».

Les arrêts du parlement de Paris qui ont jugé de même, sont des 21 février 1565, 1er décembre 1571 et 14 août 1586. C'est Charondas qui les rapporte, liv. 8, rép. 27.

Enfin, si l'on en croit Minsyngère, cent. 4, observ. 22, telle est aussi la jurisprudence de la chambre impériale de Spire: *à dominis nostris comprobata est sententia Petri Jacobi asserentis talem filiam, quæ sic renunciavit, computari et numerari inter liberos et facere partem, licet non admittatur ad partem.*

Les dispositions de nos coutumes viennent à l'appui des arrêts, et en confirment de plus en plus la décision. Voici ce que portent celles d'Auvergne, chap. 12, art. 32; de la Marche, art. 245; et de Bourbonnais, art. 310: « Et combien que ladite fille ainsi mariée ne prenne aucune part ne portion èsdites successions, si fait-elle nombre et part avec les autres enfans pour la quote et computation de la Légitime ». Ces termes, *si fait-elle nombre et part*, marquent très clairement que la fille dotée entre dans la liquidation, non seulement pour diminuer la Légitime, mais encore pour l'augmenter: c'est l'observation de Dumoulin sur l'art. 310 de la coutume de Bourbonnais: *non solùm diminuendo partes singulorum, sed etiam augendo cumulum Legitimæ de triente et semisse.* — L'art. 257 de la coutume de Normandie décide pareillement, que « fille mariée, avenant que ses sœurs soient reçues à partage, fait part au profit de ses frères, pour autant qu'il lui en eût pu appartenir au tiers dû aux filles pour leur mariage; encore qu'il ne lui fût rien dû lors du décès de ses père et mère ». — Telle est aussi la disposition implicite de la coutume de Bretagne, art. 558: « La portion de la fille mariée par le père noble à moindre part qu'il ne lui appartient par la coutume, accroît et appartient à l'aîné, à la charge des dettes à raison de ladite portion ». — Les coutumes du Maine et d'Anjou renferment la même décision; et il en résulte évidemment que la fille mariée fait nombre, puisqu'elle est représentée par son frère aîné, et qu'ainsi elle est censée prendre par les mains de celui-ci, la part que la loi lui défère.

[[Les constitutions sardes avaient pris, sur cette question, un parti mitoyen entre les deux opinions. Voici comment elles s'expliquaient, liv. 5, tit. 3:

« Art. 5. Les filles qui sont exclues de la succession dans les cas prescrits dans nos constitutions, feront ou ne feront pas nombre pour supputer la Légitime, au choix du légitimaire; s'il choisit qu'elles ne fassent pas nombre, l'on ne comptera pas dans la masse héréditaire les dots qu'elles auront reçues ou qui leur auront été promises, pour connaître la quantité due pour la Légitime; mais s'il choisit qu'elles fassent nombre, l'on confondra dans la masse héréditaire tout ce qu'elles auront eu, à l'effet seulement de faire nombre en faveur des légitimaires pour calculer la susdite Légitime.

» 6. En cas de contestation entre les seuls et purs légitimaires et les légitimaires héritiers, si les susdites filles doivent ou ne doivent pas faire nombre, l'élection des seuls et purs légitimaires devra toujours être préférée.

» 7. Lorsque les filles exclues feront nombre, si la portion qui les concerne est plus considérable que celle qui leur a été donnée ou qui leur est due pour leur dot, elle accroîtra à l'héritier s'il est de l'agnation, ou au légitimaire si l'héritier est étranger ».

On verra au mot *Ligurie*, §. 3, n. 8, quelle était, sur le même objet, la jurisprudence génoise.]]

IX. Après avoir parlé de ceux qu'une renonciation volontaire ou suppléée par la loi, exclut de la succession ou de la Légitime, il faut nous occuper de ceux qui sont privés malgré eux de l'une ou de l'autre.

Ces derniers composent trois classes différentes: dans la première, sont les exhérédés; dans la seconde, les incapables; et dans la troisième, ceux

Source : BIU Cujas

qui ont laissé prescrire leurs droits de Légitime.

X. La question de savoir si les exhérédés font nombre dans la supputation de la Légitime, est une des plus controversées qu'il y ait sur cette matière.

Accurse, Barthole, Paulde Castres, Charondas, Vandepoll, le président Favre et Furgole, tiennent l'affirmative; et l'on trouve dans le Journal du palais du parlement de Toulouse (année 1702, p. 489), un arrêt qui l'a adoptée formellement.

Les partisans de la négative sont Cujas, Fachinée, Ferrière sur Guypape, Barry, Gomèz, Grivel, Despeisses, Perèz, Van Leuwen, Ricard, Lebrun, Bretonnier, Voët; et leur opinion a été confirmée par un arrêt du parlement de Dijon, du mois de décembre 1671, rapporté dans le commentaire de Taisand sur la coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 7.

Les raisons de ces auteurs sont exposées par Voët dans un ordre très lumineux: pour simplifier la question, il la considère sous deux faces; il établit d'abord que les exhérédés ne font pas nombre pour augmenter la Légitime, et ensuite qu'ils ne font point part pour la diminuer.

Voici comme il prouve sa première proposition. — L'enfant exhérédé est regardé, par rapport au droit de succéder à son père et à sa mère, comme s'il était mort avant eux; la loi 1, §. 5, D. *de conjungendis cum emancipato liberis*, en contient une disposition formelle: *Sed et si patruus eorum, qui erat in potestate, sit præteritus, pater exheredatus, debent nepotes admitti; nam exheredatus pater eorum pro mortuo habetur.* — Et le §. 3, Inst. *de successione libertorum*, nous fait voir que l'on confond souvent en droit le défunt qui ne laisse point d'enfans, avec celui qui a justement déshérité ceux qu'il avait. *Si verò testamentum quidem fecerint liberti, patronos præterierint, cùm nullos liberos haberent, vel habentes, eos exheredaverint, tunc, etc.* — Or, il est constant et indubitable que les enfans morts avant leur père, ne font point nombre pour la Légitime de leurs frères et de leurs sœurs; il ne faut donc pas non plus compter les exhérédés. D'ailleurs, si Justinien a augmenté la Légitime jusqu'à la moitié dans le cas où il y a plus de quatre copartageans; il ne l'a fait que dans la crainte que les enfans étant en trop grand nombre, leur portion ne se trouvât réduite à rien, et ne les laissât dans l'indigence: or, les exhérédés ne produisent point cet effet; leur existence ne peut donc pas être considérée pour faire augmenter la Légitime de leurs frères et de leurs sœurs.

Cette proposition établie, Voët emploie les raisons suivantes pour justifier la seconde. — Si, dit-il, les exhérédés ne profitent pas à leurs frères et à leurs sœurs pour l'augmentation de leur Légitime, il n'est pas juste qu'ils leur nuisent lorsqu'il s'agit de la diminuer. *Eadem est ratio commodi et incommodi.* — C'est d'ailleurs un principe écrit en toutes lettres dans la loi 10, §. 4, D. *de bonorum possessione contra tabulas*, qu'on ne fait point part alors qu'on n'est pas admis au partage. — La loi 17, D. *de inofficioso testamento*, décide que la portion du fils justement exhérédé accroît à ses frères et à ses sœurs, qui, ayant été frappés comme lui de l'exhérédation, l'ont fait déclarer injuste à leur égard; et elle se fonde sur ce que ceux-ci sont considérés comme les seuls enfans vivans du père: *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querelam movere volunt. Undè, si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideò universam hereditatem non rectè vindicásset: hic, si obtinuerit, uteretur rei judicatæ, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse tunc cùm facerent intestatum, crediderint.* — Enfin la novelle 22, ch. 21, met en principe, que les portions des enfans ingrats, et à ce titre exclus des biens de leurs parens, n'appartiennent point aux héritiers étrangers, mais à leurs frères et à leurs sœurs: l'héritier institué par le père, ne peut donc pas mettre hors part et s'approprier la Légitime de l'exhérédé; il doit donc la laisser dans la masse des biens sur lesquels doivent être prises les autres portions de la même nature.

Ricard n'emploie pas tant de raisonnemens pour prouver l'exactitude de cette doctrine; il la fonde uniquement sur ce que la Légitime n'est autre chose qu'une portion de ce qui eût appartenu *ab intestat* à ceux qui la prennent; en sorte que les exhérédés « n'ayant point de part en la succession, ils en ont encore moins en la Légitime, puisque la Légitime dépend de la succession et en compose une partie; car c'est un des premiers principes, que celui qui n'a point de part dans le tout, en peut encore moins prétendre dans une portion de ce tout ».

Cette raison a paru si forte à Furgole, qu'il n'a pas trouvé d'autre moyen d'y répondre, que d'en nier le principe. Il convient que dans la coutume de Paris, la Légitime est une portion de la portion *ab intestat*, et il en conclut lui-même que les exhérédés ne font pas nombre dans le territoire de cette loi municipale; mais il soutient qu'il en est tout autrement dans les pays de droit écrit. « Je me fonde (dit-il) sur la disposition de la novelle 18, chap. 1, à laquelle les auteurs n'ont pas fait assez d'attention, ou du moins n'en ont-ils pas bien pénétré l'esprit, ni par conséquent connu la véritable nature de la Légitime; car quoique, suivant les principes de l'ancien droit romain, rappelés dans la loi 8, §. 6, D. *de inofficioso testamento*, les lois 8 et 31, C. *eod. tit.*, et quelques autres textes, la Légitime fût une portion de la portion *ab intestat*, cela a été changé par la novelle 18, chap. 1, en conformité de laquelle l'opinion la plus commune des auteurs est que le légitimaire ne doit pas avoir une portion de la succession, mais une portion des biens quitte

Source : BIU Cujas

des dettes dont l'héritier est chargé ; ce qui paraît avoir été confirmé par l'art. 61 de l'ordonnance de 1735... portant que la quotité de la Légitime des ascendans, dans les pays où elle leur est due, doit être réglée eu égard au total des biens, et non sur le pied de la portion qui leur aurait appartenu *ab intestat* sur les biens de leurs descendans..... La fixation de la Légitime n'a donc aucun rapport ni aucune liaison avec la faculté de succéder *ab intestat*; il n'y a d'autre règle que le nombre des enfans existans : si donc il y a des enfans qui ne puissent pas prendre part aux biens assignés pour la Légitime, le retranchement qui est fait de plein droit sur le patrimoine du défunt, du tiers ou de la moitié de toute la substance, fait que tandis qu'il y a quelque enfant capable de recueillir cette portion, il n'en doit jamais rien accroître à l'hérédité, ni rentrer dans la succession ; mais le partage en doit être fait par égales portions entre les enfans qui se trouvent existans et capables, tout comme on le voit pratiquer dans les pays coutumiers à l'égard des quatre quints, ou autre portion des propres, que les coutumes destinent et assignent aux héritiers du sang dont la disposition est interdite, et qu'on peut regarder comme une espèce de Légitime coutumière ; car si parmi les successeurs *ab intestat* qui sont appelés pour recueillir cette portion, il s'en trouve quelqu'un qui soit tombé dans quelque cas d'ingratitude, et qui ait été justement exhérédé, la part qui aurait dû revenir à l'exhérédé ne revient pas au légataire universel, mais elle accroît à tous les autres qui sont capables de recueillir ».

Tout ce passage se réduit à dire : La Légitime dans l'ancien droit, était une portion de l'hérédité ; mais par la novelle 18, elle n'est plus qu'une portion de biens, et n'a aucun rapport à la succession *ab intestat*; ainsi, pour la fixer, il ne faut considérer que le nombre des enfans, sans examiner s'ils sont tous capables d'être héritiers ; et s'il y en a quelques uns qui ne puissent pas y prendre leur part, elle doit accroître aux autres légitimaires, comme la portion d'un incapable, dans les réserves coutumières, accroît aux autres héritiers du sang.

Il est étonnant qu'un auteur aussi profond et aussi judicieux que l'est Furgole, ait pu avancer de pareilles erreurs. — D'abord, n'est-ce pas renverser toutes les idées, que de faire passer la novelle 18 pour la loi qui a attribué à la Légitime la qualité de *quote de biens*, au lieu de *quote d'hérédité* qu'elle était auparavant ? Nous avons démontré ci-dessus, sect. 2, qu'elle a toujours été une quote des biens, et l'on a dû remarquer que cela est encore plus clair dans la jurisprudence du Digeste que dans celle des novelles. La coutume de Paris ne déroge pas là-dessus au droit commun, puisqu'en disant que la Légitime est la moitié de la portion *ab intestat*, elle marque expressément que cette moitié ne se prend qu'après la déduction des dettes et des frais funéraires ; ce qui caractérise précisément une quote des biens, suivant la maxime, *bona intelliguntur cujusque quæ deducto ære alieno supersunt* Il n'y a donc pas plus de raison d'admettre ou de rejeter l'opinion de Ricard dans la coutume de Paris, que dans les provinces de droit écrit.

On dira peut-être que la novelle 18 fixe la Légitime au tiers ou à la moitié des biens, sans parler de la portion *ab intestat ;* qu'ainsi, il y a une différence réelle entre cette loi et le droit du Digeste adopté par la coutume de Paris.

Mais il est évident que le tiers ou la moitié des biens s'entend, dans la novelle dont il s'agit, du tiers ou de la moitié de ce que les légitimaires auraient eu *ab intestat*, toutes dettes et charges déduites. — Deux raisons très simples nous le persuadent. — 1° Il n'y a dans le droit aucune différence entre une quote des biens et celle d'une portion *ab intestat* dont on déduit les dettes, puisqu'une hérédité sur laquelle on a fait une telle déduction, perd son nom et prend celui de *biens*. — 2° Justinien n'a rien changé par la novelle 18 à la nature de la Légitime ; il l'a laissée sur le pied réglé par les lois antérieures ; il en a seulement augmenté la quotité ; et comme il a, par ce moyen, subrogé le tiers ou la moitié à l'ancienne quarte, il faut nécessairement supposer que ce tiers ou cette moitié doivent être de la portion *ab intestat*: *subrogatum sapit naturam subrogati.* — Veut-on une preuve de cette subrogation ? on la trouvera dans la novelle même. Justinien se plaint dans le préambule, de ce que les lois anciennes n'obligeaient les pères de laisser à leurs enfans que trois onces ou un quart, *solum triuncium definierunt ex necessitate relinqui ;* et dans le chap. 1, il ordonne qu'à l'avenir la Légitime ne sera plus d'un quart, mais du tiers ou de la moitié, suivant le nombre des enfans : *non triuncium eis relinqui solùm, sed etiam tertiæ propriæ substantiæ partem, hoc est, uncias quatuor..... Si verò ultra quatuor habuerint filios, mediam eis totius substantiæ relinqui partem, ut sexuncium sit omninò quod debetur.*

Encore une fois donc, cette novelle n'a point dérogé au droit ancien, par rapport à la nature de la Légitime ; elle a laissé à cette portion son caractère et sa dénomination de quote de ce qu'on aurait eu *ab intestat*, et conséquemment c'est en vain que Furgole prétend en argumenter pour réfuter le raisonnement de Ricard, et prouver que les exhérédés doivent faire nombre.

Ce n'est pas avec plus de raison que le même auteur prétend inférer de cette novelle, qu'il ne faut considérer que le nombre des enfans, sans examiner s'ils sont tous capables d'être héritiers ou légitimaires. A la vérité, Justinien n'exige point expressément qu'ils puissent succéder pour faire nombre ; mais cela se suppose de soi-même ; et c'est ce que prouve très bien Grivel : *Verba legis quantùmcunque indefinita et generalia semper*

Source : BIU Cujas

restringuntur ad personas habiles et capaces ..... Undè licet in eo textu loqueretur Justinianus, tamen de capacibus tantùm et non de incapacibus promiscuè intelligendus esset. Paria enim sunt liberos non habere, aut habere quidem, sed ingratos aut exheredatos et incapaces. — Par la novelle dont il s'agit, et c'est une observation que nous avons déjà faite, Justinien n'a augmenté la quotité de la Légitime, qu'à cause que, dans le droit ancien, elle était souvent réduite à très peu de chose par le grand nombre des enfans qui y prenaient part.

Enfin, ce qu'il y a d'étonnant, Furgole détruit lui même son opinion, en disant, *que s'il y a des enfans qui ne puissent pas prendre part aux biens assignés pour la Légitime, il n'en doit rien accroître à l'hérédité ni rentrer dans la succession; mais que le partage en doit être fait par égales portions entre les enfans qui se trouvent existans et capables, tout comme on le voit pratiquer dans les pays coutumiers à l'égard des quatre quints ou autre portion des propres.* Si ce n'est pas là un aveu clair et précis que les exhérédés ne font point part, il faut que les mots *faire part* aient dans l'esprit de Furgole un sens tout différent de celui que tout le monde y attribue; et alors il ne reste qu'une dispute de mots entre lui et Ricard; au fond, ils pensent l'un comme l'autre, et l'on doit mettre le premier dans la classe de ceux dont le second dit, « qu'ils s'abusent grossièrement en leurs prétentions, lorsqu'ils soutiennent, pour faire l'avantage des enfans », que ceux qui ne prennent point de part, ne laissent pas de faire part. En effet, ajoute-t-il, « les enfans ne prennent pas la portion qui est destinée pour leur Légitime en masse, pour la distribuer après entre ceux qui doivent actuellement y prendre part: mais chaque enfant en particulier doit être content lorsqu'il a la portion qui lui est déférée par la loi, et celui sur qui la Légitime se doit prendre en est tenu à forfait envers chaque particulier..... Le §. 8, loi 8, D. *de inofficioso testamento*, le décide de la sorte aux termes du droit ancien, et dit que si un aïeul a laissé trois petits-enfans d'un fils et d'un autre, que chacun des trois doit être content d'une demi-once, et celui qui est unique en sa branche, d'une once et demie: *proindè si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, putà tres, ex uno unus: unicum sexuncia, unum ex illis semiuncia querelâ excludit.* Cela se collige encore assez de la novelle 18 (1) ». Si donc, comme le prétend Furgole, la part d'un exhérédé dans le tiers ou la moitié destinée pour la Légitime, n'accroît pas à l'héritier institué, mais aux légitimaires, c'est une marque certaine que l'exhérédé ne fait point part; aussi voyons-nous Lebrun dire que l'enfant légataire ne fait point part dans les réserves, pour faire entendre que sa part n'accroît pas au legs universel, mais aux héritiers du sang: et Barthole ne trouve pas de meilleure raison pour prouver que l'exhérédé fait part, que de dire que l'exhérédation a été faite en faveur de l'héritier institué, qu'ainsi, il doit en recueillir tout le profit, en retenant par droit d'accroissement la portion de l'exhérédé.

Il n'y a donc rien dans les raisons de Furgole qui puisse ébranler le sentiment de ceux qui soutiennent que les exhérédés ne font point nombre dans la supputation de la Légitime. Voyons si celles de Barthole méritent plus d'égards.

La première est, comme nous venons de le dire, que l'exhérédation a pour motif l'avantage personnel de l'héritier institué; que par conséquent c'est à lui que doit accroître la part de l'exhérédé. Mais, répond Grivel, le principe de ce raisonnement est faux; car ce n'est point pour favoriser l'héritier institué qu'un testateur déshérite son fils, ou du moins s'il a cette intention, elle n'est que secondaire et indirecte: le motif principal et direct qui le fait agir, est l'indignité ou l'ingratitude de celui sur lequel il lance la foudre de l'exhérédation.

La seconde raison de Barthole est que ce serait, de la part des légitimaires, une prétention odieuse, de vouloir profiter de la faute et de la disgrace de leur frère. « Mais, dit Lebrun, on peut répondre qu'il est naturel que l'exhérédation d'un des enfans profite aux autres qui ont bien mérité du père; que c'est même la disposition de la novelle 22, chap. 21; et que, comme elle leur profiterait *ab intestat*, il est juste qu'elle leur profite dans la Légitime, qui est une portion des droits qu'*ils* auraient eus dans la succession *ab intestat*; qu'enfin, ce n'est pas par droit d'accroissement qu'ils profitent de l'exhérédation, mais par la réduction du nombre et l'éloignement d'un fils qui aurait été compté sans son exhérédation ».

Jusqu'ici tout concourt à nous faire rejeter l'opinion de ceux qui veulent que l'exhérédé fasse

(1) En effet, on ne peut pas donner un autre sens à ces termes: *Si verò ultra quatuor habuerint filios, mediam eis totius substantiæ relinqui partem ..... singulis ex æquo quadriuncium vel sexuncium dividendo.* Le mot *dividendo* ne marque pas l'action des légitimaires partageant entre eux la portion que la loi leur donne, mais l'action du père assignant à chacun de ses enfans la part qu'il doit avoir dans le tiers ou la moitié de toute la succession. Nous avons deux preuves de cette assertion. 1° Le gérondif *dividendo* étant à l'actif, ne peut pas se rapporter aux enfans qui ne remplissent dans toute la phrase qu'un personnage passif; il a au contraire un rapport très marqué avec le père, dont il n'est parlé qu'à l'actif; et il n'y a que cette manière d'entendre le texte, qui présente une construction régulière. 2° Il est dit plus haut, que le père devra laisser à ses enfans, non le quart, comme anciennement, mais le tiers ou la moitié de ses biens. Or, la loi citée par Ricard, prouve nettement que dans la jurisprudence du Digeste, chaque légitimaire avait sa portion séparée. C'est donc par cette jurisprudence qu'il faut interpréter la novelle dont il s'agit; car un législateur est toujours censé se référer aux lois anciennes, lorsqu'il n'y déroge pas expressément.

Source : BIU Cujas

nombre. Reste à voir si le président Favre et Vandepoll l'établissent mieux.

Ces deux auteurs se fondent sur la loi 8, §. 8, D. *de inofficioso testamento*, texte très important pour notre question, et dont il faut transcrire les termes: « *Quoniam autem quarta debitæ portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit an exheredatus partem faciat, qui non queritur; ut putà sumus duo filii exheredati : et utiquè faciet, ut Papinianus respondit; et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere? Proindè si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres putà, ex uno unus, unicum sexuncia, unum ex illis semiuncia querelâ excludit :* Comme il suffit de laisser à un enfant le quart de sa portion *ab intestat*, pour l'exclure de la querelle d'inofficiosité, il faut examiner si un exhérédé qui ne se plaint pas, fait part dans la supputation de cette quarte. Cette question peut être proposée dans une espèce où nous serions deux enfans. Et il faut répondre avec Papinien, que l'exhérédé fera part: c'est pourquoi, si je fais déclarer le testament inofficieux, je n'aurai droit qu'à la moitié de l'hérédité. Si donc un aïeul a trois petits-enfans, dont deux sont nés d'un de ses fils, et le troisième d'un autre, il faudra, pour les exclure de la querelle d'inofficiosité, qu'il laisse à celui-ci une once et demie, et à chacun de ceux-là une demi-once ».

Voilà assurément un texte très spécieux pour l'opinion de Furgole : cependant cet auteur le trouve étranger à la question; et, à l'entendre, la loi « dit seulement que, dans le cas qui y est expliqué, le fils exhérédé qui garde le silence et qui ne se plaint pas, doit être compté dans le nombre de ceux qui peuvent intenter la plainte d'inofficiosité, pour faire renverser le testament; par où l'on voit, ajoute Furgole, que ce cas est différent de la difficulté que nous examinons ».

D'autres auteurs répondent que cette loi parle d'un enfant exhérédé sans juste cause, et qui pouvant intenter sa querelle d'inofficiosité, ne l'a point encore fait; en sorte que les mots *non queritur*, doivent s'interpréter par *nondùm queritur*, de même que dans la loi 2, D. *si pars hereditatis petatur*, on emploie *non adierint*, pour *nondùm adierint*; et dans le §. 9, *de adoptionibus*, aux Institutes, *non possunt*, pour *nondùm possunt*. — Ainsi, dit Roussilhe, « les enfans exhérédés sont comptés, quoiqu'ils n'aient pas intenté la querelle, pourvu qu'ils n'aient pas renoncé à la succession, parcequ'on présume qu'ils l'intenteront avec succès : l'ingratitude ne se présume point, au contraire elle doit être prouvée clairement. Cependant, lorsque l'enfant est valablement exhérédé, en ce cas il ne peut être compté, parcequ'il est tenu pour mort ».

Apprécions ces deux réponses.

La première, c'est-à-dire, celle de Furgole, est à tous égards insoutenable. La loi citée ne décide pas seulement si le fils exhérédé qui ne se plaint pas, doit faire nombre dans le partage de la succession déclarée ouverte *ab intestat*, à la poursuite d'un des enfans exhérédés injustement, elle traite encore la question de savoir s'il fait part dans la supputation de la Légitime, ou, en d'autres termes, s'il doit être compté pour régler la portion qu'un père doit laisser à ses enfans, afin de les empêcher d'exercer la querelle d'inofficiosité: *Quoniam autem quarta debitæ portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit an exheredatus partem faciat, qui non queritur...., et utiquè faciet, ut Papinianus respondit.* On ne peut certainement rien de plus clair que ces termes.

L'autre réponse est plus embarrassante. Vandepoll et le président Favre la rejettent, comme une conjecture destituée de toute espèce de fondement. La loi, dit Favre, ne parle pas d'un exhérédé qui ne s'est pas encore plaint, mais d'un exhérédé qui ne se plaint pas absolument, c'est-à-dire, qui a renoncé à la querelle ou qui en est exclus par le laps du temps fixé pour l'exercice de cette action. Entendre la loi autrement, c'est la rendre puérile, en la faisant porter sur un cas infiniment clair; car, quel doute peut-il y avoir qu'un enfant ne puisse pas prétendre, sur le fondement d'une exhérédation qui peut encore être attaquée et anéantie, une plus forte Légitime qu'il ne devrait avoir de son propre chef?

Ces raisons considérées à part, semblent invincibles; mais rapprochons-les du texte dont il s'agit, et elles s'évanouiront d'elles-mêmes. Nous l'avons déjà dit, notre loi propose deux questions : la première, si un exhérédé, qui ne se plaint pas, *qui non queritur*, fait part dans la supputation de la Légitime; la seconde, s'il fait part dans l'hérédité qu'un des enfans, exhérédé comme lui, a fait déclarer ouverte *ab intestat*. Elle présente ces deux questions comme dépendantes du même principe, et les décide toutes deux pour l'affirmative. Or, cette décision serait fausse et détruite par deux autres textes, si, au lieu d'être bornée au cas d'un exhérédé qui diffère de se plaindre, elle avait pour objet un exhérédé qui eût renoncé à la querelle, ou qui en fût exclus par laps de temps.

En effet, la loi 17, D. *de inofficioso testamento*, dont les paroles sont rapportées ci-dessus, dit que l'enfant exhérédé qui a renoncé à la querelle, ne fait point part contre ceux qui l'intentent; en sorte que ces derniers faisant déclarer le testament inofficieux, recueillent l'hérédité entière *ab intestat*, parceque l'autre est considéré comme mort. La loi 23, §. 2, du même titre, n'est pas moins formelle : lorsqu'un père, dit-elle, a déshérité ses deux enfans, et qu'ils ont tous deux attaqué le testament comme inofficieux, si l'un vient à se désister de sa querelle, ou qu'il s'en laisse forclore par laps de temps, sa part accroît à l'autre : *si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus posteà constituit non*

Source : BIU Cujas

agere, pars ejus alteri accrescit, idemque erit et si tempore exclusus sit.

Que l'on interprète, que l'on commente, que l'on retourne ces deux textes tant qu'on voudra, ou ils sont absolument contraires à la loi 8, §. 8, du même titre, ce qu'on ne doit pas supposer légèrement, ou il faut entendre celle-ci d'un exhérédé qui n'a point encore intenté sa querelle et qui est encore à portée de le faire. — Sans doute en ce cas, il doit faire part, tant pour régler la Légitime de ses frères, que pour déterminer leurs droits dans la succession *ab intestat*, parcequ'il est juste de présumer qu'il fera casser son exhérédation; mais, dans le cas contraire, les deux textes cités ne veulent pas qu'il fasse part dans l'hérédité que ses frères ont fait déclarer ouverte *ab intestat*; et, par la même raison, il ne doit pas non plus faire part dans la supputation de la Légitime, puisque la loi 8, §. 8, met ces deux choses sur la même ligne, et les fait dépendre du même principe de décision. Pourquoi en effet les distinguerait-on dans l'espèce dont il s'agit, c'est à-dire, dans le cas où un père qui n'a que deux enfans, les déshérite tous deux et institue un étranger pour son héritier? Lorsqu'un de ces enfans obtient les fins de sa querelle, et que l'autre en est débouté, la portion de celui-ci ne peut accroître à celui-là que, ou parcequ'il est de règle qu'un exhérédé soit considéré comme mort, et par conséquent ne fasse point part, ou parceque l'hérédité étant déclarée ouverte *ab intestat* à la poursuite de l'un des enfans, l'héritier institué ne peut plus y rien prétendre, ni conséquemment retenir la portion de l'exhérédé. Or, cette dernière raison ne suffirait pas pour faire adjuger toute l'hérédité à l'enfant qui s'est plaint avec succès, parcequ'en matière de querelle d'inofficiosité, il n'est point rare qu'un testament étant déclaré inofficieux à l'égard de l'un, et confirmé par rapport à l'autre, l'héritier institué retienne la part de celui-ci, tandis que la succession est considérée comme *intestate* relativement à celui-là. C'est ce que prouvent la loi 15, §. 2, la loi 24, D. et la loi 13, C. *de inofficioso testamento*, rapportées ci-dessus, sect. 5, §. 3. Il faut donc nécessairement admettre pour motif de décision des deux textes dont nous parlons, que les enfans exhérédés valablement ne font point part, soit dans l'hérédité, soit dans la Légitime.

Mais voici une objection à laquelle n'ont point pensé les auteurs qui ont écrit sur notre question, et qui, au premier abord, semble tourner contre le sentiment que nous adoptons, le raisonnement dont Ricard a voulu l'appuyer.

La Légitime est ou le tiers, ou la moitié, ou une quote quelconque de ce qu'on aurait eu *ab intestat*: or, si le défunt qui la doit, était mort sans testament, ceux de ses enfans qui sont exhérédés ne le seraient pas (1): il faut donc supposer qu'ils succèdent, pour régler la Légitime des autres; et par conséquent ils doivent faire nombre.

Ce raisonnement est spécieux, mais il ne roule que sur une équivoque. Quand on définit la Légitime d'un enfant, une portion de la portion que cet enfant aurait recueillie *ab intestat*, on entend, à la vérité, qu'il faut considérer le défunt comme mort *intestat* à son égard, mais non pas à l'égard de ses cohéritiers; car, nous venons encore de le dire, en cette matière une succession peut, même suivant le droit romain, être déférée partie *ab intestat*, et partie en vertu d'un testament.

XI. Il ne fallait pas moins que tous ces détails pour faire voir que les exhérédés ne doivent pas faire nombre dans la liquidation de la Légitime: mais cette résolution, incontestable dans la thèse générale, serait fausse dans le cas où le fils déshérité par son père, aurait antérieurement reçu de lui une donation entre-vifs: alors, dit Lebrun, il ferait nombre, « parcequ'il aurait été avantagé en avancement d'hoirie et aurait eu une espèce de Légitime; et cela, à l'exemple de tout autre enfant qui renonce en se tenant à une donation; aussi cette donation faite au profit de l'exhérédé, augmentera la masse des biens sur laquelle on doit fixer la Légitime. C'est ainsi que, dans les coutumes où les filles mariées sont exclues de la succession, elles ne laissent pas de faire part, parceque leur exclusion présuppose ordinairement leur dotation ». — Et c'est ce qui a été jugé par un arrêt que Chopin, sur la coutume d'Anjou, rapporte en ces termes: *Si tamen exheres esse jussus, à patre anteà susceperit paternove beneficio venale munus publicum, quasi prærogationem juris hereditarii, is facit partem, licet non vocatur ad partem: sicuti à senatorio Parisiorum ordine decretum est, palàmque solemni ritu prolatum postridiè idus sextiles anni* 1589.

XII. Voyons maintenant ce qu'il faut décider par rapport à ceux qu'une incapacité légale et absolue éloigne de toute succession.

Le principe général est, et les constitutions sardes, liv. 5, tit. 3, art. 4, disent positivement que « les enfans qui sont incapables d'avoir part dans l'hérédité, ne pourront pas faire nombre pour réduire du tiers à la moitié la Légitime due dans l'hérédité de leurs ascendans ». — Mais entrons dans les détails.

XIII. Tout le monde convient que les enfans morts avant leur père, ne font point nombre dans sa succession, pour augmenter ou diminuer la Légitime de leurs frères vivans; et c'est ce qu'a jugé *in terminis* un arrêt du parlement de Rouen, du 11 mars 1681, rapporté par Basnage sur l'art. 337 de la coutume de Normandie. — Mais on demande s'il ne faut pas excepter de cette règle l'enfant dé-

(1) Pour sentir la vérité de cette proposition, il faut se reporter à l'ancien droit romain, suivant lequel on ne pouvait exhéréder un enfant que par un testament solennel.

Source : BIU Cujas

cédé qui a été donataire de son père. La raison de douter est que sa donation augmente la masse des biens sur laquelle on fixe la Légitime. La raison de décider est que la seule qualité de donataire ne suffit pas pour faire entrer celui en qui elle se trouve, dans la supputation dont il s'agit : en effet, elle n'a cette vertu que quand elle est jointe à la qualité d'enfant, ce qui ne peut pas avoir lieu dans notre espèce, puisqu'au temps de l'ouverture de la succession, l'enfant n'existe plus.

XIV. Les personnes condamnées pour toujours aux galères ou au bannissement hors du royaume, ne font point nombre : tous les auteurs conviennent de cette vérité. On décide généralement la même chose relativement aux bâtards, ou du moins, s'il y a une exception à leur égard, ce n'est que dans le petit nombre de coutumes où ils succèdent concurremment avec les enfans Légitimes.

XV. On ne croirait pas sans doute qu'aucun auteur ait osé mettre les religieux profès au nombre de ceux qui doivent entrer dans la supputation de la Légitime ; c'est cependant ce qu'a fait un certain Battandier, cité par Grivel : mais cette opinion singulière ne peut être reçue que dans la Franche-Comté, où la profession ne rend pas les religieux incapables de succéder ; encore les capucins et les récollets, qui sont frappés dans cette province de la même incapacité que par-tout ailleurs, n'y sont-ils pas non plus comptés pour régler la Légitime de leurs frères et de leurs sœurs : c'est ce qui a été jugé, dit Grivel, « par arrêt du parlement de Dole, du 30 août 1600, en la cause de demoiselle Charlotte Dard, suppliante, contre Guillaume Dard, défendeur ».

Les autres parlemens jugent constamment la même chose, sans distinguer les religieux mendians d'avec les autres. Il y en a un arrêt dans Chopin, du 7 décembre 1545 ; un autre dans Expilly, du 5 mars 1558 ; un troisième dans Bérault, du 7 mai de la même année ; un quatrième dans Maynard, du 20 juillet 1583 ; un cinquième dans Basnage, du 11 mars 1681 ; un sixième dans Duperrier, rendu par forme de règlement en 1617 ; un septième dans le même auteur, du 23 juin 1632.

Nous avons trois coutumes qui adoptent expressément cette jurisprudence : ce sont celles de Bourbonnais, art. 319 ; d'Auvergne, ch. 12, art. 14 ; et de la Marche, art. 319.

Mais n'en est-il pas autrement quand le religieux a reçu une dot lors de son entrée dans le cloître ? Dumoulin le pensait ainsi : car il écrivait sur l'article cité de la coutume d'Auvergne, que la disposition n'en devait avoir lieu qu'au cas où la profession eût été entièrement gratuite, ou du moins eût coûté fort peu de chose : *scilicet si nihil vel modicum accepit, ut jure pontificio non licet dare pro ingressu ; aliàs computabitur ad finem tamen augendæ Legitimæ.* Cette opinion n'est pas destituée de probabilité : il en coûte quelquefois plus pour placer une fille en religion que pour la marier : or, nous avons prouvé ci-dessus que la renonciation faite à la succession tant paternelle que maternelle, par une fille qui se marie, n'empêche pas qu'elle ne fasse nombre pour le règlement de la Légitime de ses frères et de ses sœurs ; il semble donc qu'on doit en décider de même relativement à la fille exclue par la profession religieuse. D'ailleurs, on vient de voir que l'enfant déshérité doit être compté, lorsque son père lui a fait de son vivant une donation entre-vifs. Or, l'exclusion d'un religieux ne diffère pas de celle d'un exhérédé ; il faut par conséquent appliquer à l'un ce qui a été établi par rapport à l'autre.

Mais ces raisons, et l'opinion dont elles forment la base, s'évanouissent, lorsqu'on fait attention à deux choses essentielles : la première, qu'un religieux profès est exclus par inhabileté et par mort civile ; au lieu que l'enfant qui a renoncé ou qui a été déshérité, conserve une capacité habituelle de succéder : la seconde, qu'une constitution de dot pour entrer en religion, n'est pas une donation faite au religieux, mais un contrat onéreux passé avec le monastère ; au lieu que quand on donne, soit à une fille qui se marie, soit à un enfant qu'on déshérite après, c'est avec eux qu'on traite, et c'est de leur personne même que dérive l'avantage qui les fait entrer dans la supputation de la Légitime.

Ainsi, quoique l'art. 257 de la coutume de Normandie ordonne *que fille mariée, avenant que ses sœurs soient reçues à partage, fait part au profit de ses frères*, ce serait une erreur de croire qu'il en doit être de même des religieuses dotées. « Cela a été jugé (dit Basnage) par plusieurs arrêts fondés sur cette raison, que la coutume ne parle que des filles mariées, et qu'il fallait s'attacher aux termes précis de la loi. La question fut jugée solennellement en la grand'chambre, le 9 de mars 1646, plaidant Baudry pour les Bidou frères, qui soutenaient que cet article, parlant des filles mariées, s'entendait aussi des religieuses, leur profession étant un mariage spirituel. Coquerel disait au contraire pour Fouqueron qui avait épousé leur sœur, qu'on devait considérer la capacité de succéder ; que les religieuses en étaient incapables, et qu'on ne pouvait plus douter de cette maxime, après tous les arrêts qui l'avaient établie, dont le dernier avait été donné contre les sieurs de Cressanville-Bailleul. Autre arrêt du 4 mars 1626, entre le sieur du Plessis-Châtillon et son frère ».

Cette décision, quoique fondée sur les principes les plus clairs, n'est cependant pas sans exception. Elle n'a pas lieu dans les successions nobles qui sont réglées par les coutumes de Bretagne et d'Anjou, parceque ces lois font accroître aux fils aînés les portions qu'auraient, prises, en demeurant dans le monde, leurs frères et leurs sœurs engagés dans la religion. On a rapporté ci-dessus l'article de la coutume de Bretagne, qui renferme cette disposition ; voici comme elle est exprimée dans l'art. 248

Source : BIU Cujas

de la coutume d'Anjou : « Si noble homme met son fils ou fille en religion, le fils aîné d'icelui homme noble prendra en la succession la portion qui y eût prise ledit fils ou fille religieux ou religieuse, s'ils fussent demeurés séculiers ».

La règle générale qui exclut les religieux profès de la supputation de la Légitime, a-t-elle lieu à l'égard des chevaliers de Malte? Le président Favre ne forme aucun doute sur l'affirmative. *Itaque*, dit-il, *nec partem faciunt, tantùm abest ut ad partem admitti possint : regulariter enim non facit partem qui nec admittitur, nec admitti speratur ad partem.* Roussilhe dit pareillement, « qu'on ne compte pas les religieux profès, *ni les chevaliers de Malte* ».

Nous trouvons cependant deux arrêts du parlement de Provence qui ont jugé le contraire. Le premier a été rendu par forme de règlement en 1617; l'autre est intervenu le 30 mai 1661; celui-ci fait partie du recueil de Boniface; celui-là est rapporté en ces termes par l'additionnaire de Duperrier : « L'arrêt de 1617 excepta les chevaliers de Malte, qui, quoiqu'ils n'aient point de Légitime à prendre, font nombre, *faciunt partem, licet non admittantur ad partem.* Ils comptent, parceque la succession reste chargée de les racheter, s'ils sont faits esclaves ».

Il paraît difficile de concilier cette jurisprudence avec les principes. La règle générale est que les incapables de succéder ne font point nombre : les chevaliers de Malte sont certainement dans les liens de la même incapacité que les autres religieux; il faut donc une loi ou une raison particulière pour les faire entrer dans la supputation de la Légitime. Or, il n'y a point de loi qui les excepte à cet égard de la condition commune des incapables; et l'on ne peut donner aucune raison solide pour prouver qu'ils doivent être exceptés.

En effet, serait-ce parceque leur famille est obligée de leur payer des pensions jusqu'à ce que l'ordre fournisse à tous leurs besoins? — Mais on vient de voir que les autres religieux ne font pas nombre, quoiqu'ils aient reçu des dots en entrant dans le cloître; et le motif de cette décision s'applique ici avec la plus grande justesse; car si les chevaliers de Malte ont droit à des pensions tant qu'ils ne sont pas pourvus de commanderies, c'est parceque l'ordre ne les nourrit pas, si ce n'est lorsqu'ils sont à Malte; et par conséquent ce n'est, à proprement parler, qu'à la décharge de l'ordre, et pour son avantage, que se fait le paiement des pensions dont il s'agit.

Serait-ce, comme le dit l'additionnaire de Duperrier, parceque les chevaliers de Malte ont droit, lorsqu'ils sont faits esclaves, de demander une Légitime sur les biens de leurs pères et de leurs mères ou autres ascendans, pour racheter leur liberté? — Mais, 1° c'est encore pour la décharge de l'ordre que ce droit a été établi; car naturellement un chevalier de Malte ne devrait tenir sa rançon que des compagnons de ses périls et de ses frères spirituels. On peut donc regarder la Légitime qu'on lui fournit pour le tirer de la captivité, soit comme un présent que sa famille fait à son ordre, soit comme une dette dont elle s'acquitte envers le même corps; et, sous l'un et l'autre point de vue, on ne peut, sans blesser les premiers principes, conclure de là qu'il doive faire nombre dans la supputation de la Légitime de ses frères et de ses sœurs. Les autres religieux peuvent demander des alimens sur les biens de leurs pères et de leurs mères, lorsque leurs couvens sont ruinés ou détruits; Lebrun le décide ainsi, et l'on ne s'est jamais avisé d'en tirer un argument pour les faire entrer en nombre. — 2° Quand on voudrait considérer la rançon d'un chevalier de Malte comme une vraie Légitime qui lui serait due personnellement, il ne s'ensuivrait pas encore qu'il dût être compté dans tous les cas : il ne pourrait l'être que dans celui où il se trouverait captif au moment de l'ouverture de la succession : car vouloir actuellement diminuer ou augmenter de son chef la portion légitimaire de ses frères et de ses sœurs, sous prétexte qu'il peut un jour tomber dans les fers, ce serait une prétention aussi insoutenable que celle d'un héritier qui voudrait prélever dès à présent sur les biens sujets à la Légitime, le montant d'une dette contractée sous une condition qui n'est pas encore arrivée, et qui peut-être n'arrivera jamais. — Pour tout dire en peu de mots, et considérer les choses sous l'aspect le plus favorable à la jurisprudence du parlement d'Aix, un chevalier de Malte ne peut exiger de Légitime que pour payer sa rançon; il ne doit donc être compté dans le règlement de la Légitime des autres, que sous la condition qu'il aura un jour besoin d'une rançon; et par conséquent il faut liquider les portions de ses frères et de ses sœurs, comme s'il n'existait pas, sauf à les augmenter ou diminuer dans la suite, s'il vient à perdre sa liberté.

XVI. Ceux qui ont laissé prescrire leur portion légitimaire, font nombre pour régler celle des autres. Le parlement de Toulouse l'a ainsi jugé par plusieurs arrêts rapportés dans le Journal de cette cour de 1702, pag. 489. La raison de cette jurisprudence est que la prescription équivaut à un paiement effectif : si le légitimaire qui est exclu par cette voie, avait reçu sa portion, il ferait certainement nombre; il doit le faire également dans l'espèce dont il s'agit. — C'est sur le même fondement qu'il a été décidé par deux arrêts des 14 février 1681 et 8 juillet 1696, cités dans le recueil de Catellan, que l'héritier grevé qui a acquis pendant sa jouissance la prescription d'une Légitime, est en droit d'en faire la distraction sur les biens substitués, comme s'il l'avait payée réellement.

XVII. Nous avons dit au commencement de cette section, que tous ceux qui ont le droit de Légitime, et qui l'exercent effectivement, ou le confondent en se portant héritiers, doivent faire nombre dans la supputation dont il s'agit. Faut-il dire la même chose de ceux qui, sans avoir le droit d'exiger

Source : BIU Cujas

une Légitime, sont appelés à la succession *ab intestat?* Cette question peut se présenter dans deux espèces différentes. Voici la première.

Un homme riche laisse en mourant une femme pauvre et des enfans. Suivant l'authentique *præterea*, qui est tirée du ch. 5 de la novelle 117, et qu'on suit exactement dans les pays de droit écrit, la femme pauvre a droit de prendre un quart dans la succession, s'il n'y a que trois héritiers, et une part afférente, s'ils sont en plus grand nombre. Dans ce cas, sur quel pied règlera-t-on la Légitime des enfans? S'ils sont quatre, leur mère fera-t-elle une tête pour porter cette portion à la moitié de leur part *ab intestat*, comme s'ils étaient cinq? Et en quelque nombre qu'ils soient, faudra-il estimer leur tiers ou leur moitié relativement à ce qu'ils prendraient si leur mère ne succédait pas; ou ne fera-t-on entrer dans cette estimation que ce qui leur serait resté, déduction faite de la portion de leur mère, si le défunt n'avait pas diposé? — Cette question n'a encore été élevée par aucun auteur; mais il suffit qu'elle puisse se présenter, pour que nous ne la passions pas sous silence.

Le principe de sa décision nous paraît renfermé dans ces termes du texte cité : *Ita quippè ut solum usum in talibus rebus mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit.* Ces paroles font voir que la femme pauvre n'a, lorsqu'elle concourt avec des enfans, que l'usufruit de son quart ou de sa portion afférente. Cela posé, il ne sera pas difficile de démontrer qu'elle ne doit point faire nombre.

Le concours de la femme pauvre avec les enfans, ne diminue pas les portions de ceux-ci; elle n'emporte qu'un simple usufruit, et les légitimaires exercent leurs droits de propriété sur toute la masse de la succession, comme si elle n'y intervenait pas; elle ne doit donc être considérée ni pour augmenter, ni pour diminuer leur Légitime.

On objectera sans doute qu'en la retranchant ainsi de la supputation, on charge d'usufruit une partie des biens compris dans la Légitime des enfans; ce qui est directement contraire aux principes, comme on l'a vu ci-devant.

Mais la défense de grever un légitimaire, ne s'entend que des charges imposées par la volonté de l'homme, et elle est sans effet par rapport aux charges qui proviennent de la loi. C'est ainsi que dans les pays de droit écrit, un père ne laisse pas, malgré cette défense, d'avoir l'usufruit des biens que ses enfans non émancipés ont pris à titre de Légitime dans la succession de leur mère. Pourquoi donc une mère ne pourrait-elle pas également exercer, sur une partie de la Légitime de ses enfans, un droit d'usufruit que la loi lui donne en termes généraux et illimités?

D'ailleurs, la portion que la novelle 117 accorde à la femme pauvre, n'est destinée qu'à lui procurer des alimens. Or, les enfans qui n'ont reçu de leur père qu'une Légiitme, ne sont certainement pas dispensés de fournir à la subsistance de leur mère indigente : la seule différence qu'il y a à cet égard entre eux et leurs frères héritiers universels, c'est qu'ils ne doivent contribuer qu'à proportion de leur fortune, comparée à celle de ces derniers. Il faut donc qu'ils souffrent l'exercice de cet usufruit sur une partie de leur Légitime, comme leurs frères le souffrent sur une partie du lot qui leur a été assigné.

XVIII. La seconde espèce dans laquelle la question proposée peut se présenter, n'est pas moins remarquable que la première. Un testateur qui n'a point d'enfans laisse un ascendant avec des frères germains; il institue, soit un de ceux-ci, soit un étranger, et réduit l'ascendant à sa Légitime. Cette Légitime sera-t-elle le tiers de tous les biens du défunt, ou seulement de la portion que le légitimaire aurait eue *ab intestat?* Le droit coutumier ne met point de différence entre ces deux hypothèses, parcequ'il ne fait point concourir *ab intestat* les frères germains avec le père et la mère, au moins dans les biens sur lesquels ces derniers ont droit de Légitime. Mais le droit écrit admettant les uns à partager également avec les autres, on sent qu'il est plus avantageux à un père de prendre sa Légitime sur tous les biens, que sur sa portion *ab intestat.* Ainsi, notre question se réduit à savoir si les frères germains, qui sont au nombre des successeurs légaux du défunt, mais qui ne peuvent impugner son testament, hors le cas d'institution d'une personne infâme, font part dans la supputation d'une Légitime à laquelle ils n'ont eux-mêmes rien à prétendre.

Soutenir l'affirmative, c'est, comme on le voit, prétendre que, pour régler la Légitime d'un ascendant, il faut déduire de la succession la part que les frères germains en auraient recueillie, si le défunt n'avait pas disposé. Soutenir la négative, c'est vouloir au contraire que la Légitime de l'ascendant soit prise sur toute la masse de l'hérédité, comme s'il était le seul appelé par la loi, à défaut de testament.

La première opinion ne manque pas de sectateurs : tels sont principalement Barthole sur la loi 14, D. *de inofficioso testamento;* Henrys, tom. 1, liv. 6, quest. 26; et le président Favre, *de erroribus pragmaticorum*, décade 15, ch. 4. La raison sur laquelle ils se fondent, est très spécieuse. La Légitime, disent-ils, n'est qu'une partie, réservée par la loi, de la portion héréditaire; ce n'est donc que sur la portion héréditaire qu'elle peut être prise. Or, les ascendans auraient concouru avec les frères germains, si le défunt était mort *intestat;* leur Légitime ne peut donc être que le tiers ou la moitié de la portion virile qu'ils auraient eue en ce cas. — C'est aussi ce qu'ont jugé deux arrêts, l'un du parlement de Paris, du 23 mars 1633, rapporté par Henrys; l'autre, rendu au parlement de Dijon, en 1669, et rapporté par Taisand sur la coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 7.

L'opinion contraire a pour défenseurs Balde et Paul de Castres sur la loi 34, D. *de legatis* 1°;

Source : BIU Cujas

Despeisses, *de la Légitime*, sect. 2, n. 3; Lebrun, liv. 2, ch. 3, sect. 3: Henry lui-même, tom. 2, liv. 6, quest. 12; Voët sur le Digeste, liv. 5, tit. 2, n. 47; et enfin tous les auteurs qui ont traité la question, si l'on en excepte Barthole et Favre. C'est ce que reconnaît ce dernier en termes bien formels. *Unà omnes, excepto Bartholo, pro matre responderunt, scilicet defuncto filio, superstite matre, item duobus aut tribus fratribus et extraneo herede instituto, non turpi personâ, Legitimam matris tertiam esse debere totius hereditatis, non tertiam trientis.* — Cette opinion est fondée sur des raisons qui ne peuvent manquer de paraître judicieuses. Les frères germains n'ont été admis à succéder *ab intestat* concurremment avec les ascendans, que par un privilège particulier. Or, ce privilège cesse à leur égard dans l'espèce proposée: le testament du défunt fait en faveur d'une personne non infâme, remet les choses sur le pied réglé par le droit commun, suivant lequel les ascendans peuvent prétendre toute la succession, et par conséquent leur Légitime sur la masse de tous les biens, lorsqu'ils s'y trouvent réduits. D'ailleurs, ajoute Lebrun, « la faculté qu'on accorde aux frères germains de venir en concurrence dans la succession *ab intestat* avec des ascendans, ne doit pas faire que celui qui laisse un père et des frères, dispose plus pleinement de son bien au profit d'un étranger, que s'il n'avait que son père; ce qui arriverait selon l'opinion de Barthole: car le père qui, *fratribus non existentibus*, aurait eu le tiers pour sa Légitime, n'aurait, *fratribus existentibus*, que le tiers de ce qu'il aurait eu *ab intestat*: ainsi, le défunt aurait pu disposer de beaucoup plus, par la seule raison qu'il laissait des frères; ce qui ne se doit pas admettre ».

Voici une autre raison que ne donnent pas les auteurs cités, et qui cependant est très concluante. Le concours des frères avec les ascendans n'a été établi comme un droit commun que par la novelle 118; avant cette époque, il n'avait lieu que dans certains cas: ainsi, hors ces cas, la Légitime des ascendans ne pouvait être prise que sur toute la succession; la novelle 118 n'a point dérogé expressément à cette jurisprudence; on doit donc encore la regarder comme subsistante; car toute dérogation est de droit étroit, et si quelquefois il est permis d'en suppléer une par des inductions et des conséquences, on ne doit certainement pas le faire pour diminuer une portion aussi favorable et aussi précieuse que la Légitime. D'un autre côté, il y avait, comme nous venons de le dire, dans l'ancien droit romain, des lois qui appelaient en certains cas les frères et les sœurs avec les ascendans. (*V.* la loi dernière, C. *ad senatus-consultum Tertullianum*, et le §. 5, Inst. *de senatus-consulto Tertulliano.*) Or, ces lois n'ont pas empêché Justinien d'établir indistinctement par la novelle 18, que la Légitime des ascendans serait le tiers ou la moitié de toute la succession *ab intestat* de leurs enfans; et assurément il n'aurait pas parlé en termes aussi généraux, s'il avait été dans son intention que cette Légitime fût diminuée par le concours des frères et des sœurs.

Il ne faut pas même aller aussi loin pour sentir la justice et l'exactitude de l'avis de Balde et de ses sectateurs; il suffit pour cela d'apprécier la raison qu'y opposent Barthole et Favre: c'est, disent-ils, que la Légitime n'est qu'une portion de la portion ab intestat: *pars ejus quod ad eum esset perventurum, si intestatus pater familias decessisset*, suivant les propres termes de la loi 8, §. 6, D. *de inofficioso testamento.* Lebrun répond, « que quand l'ancien droit a défini ainsi la Légitime, c'a été sur la présupposition que ceux qui auraient concouru avec le légitimaire dans la succession *ab intestat*, devaient concourir avec lui dans la Légitime » (ce qui arrivait presque toujours dans la jurisprudence du Digeste et du Code). Mais comme (par le droit des novelles) la Légitime et la succession n'ont pas toujours les mêmes règles, et que, par exemple, des neveux qui viennent avec des frères à la succession par représentation, ne viennent pas avec eux à la querelle d'inofficiosité, dans le cas que les frères y soient appelés (c'est-à-dire, lorsque le défunt a institué une personne infâme); lorsqu'il arrive ainsi que le légitimaire a moins de concurrens dans la Légitime qu'il n'en aurait eu dans la succession, la Légitime devient une quotité des biens, plutôt que de la portion héréditaire ».

Cette réponse n'est peut-être pas tout-à-fait satisfaisante; il serait et plus exact et plus péremptoire de dire, qu'en prenant la Légitime des ascendans sur toute la masse des biens, on ne la prend réellement que sur ce qui leur serait revenu *ab intestat*, non pas à la vérité dans toutes les circonstances, mais au moins dans une espèce qui suffit seule pour vérifier à leur égard la définition qu'on donne communément de la Légitime. En effet, supposons que le défunt ait entièrement passé sous silence le père, la mère, ou l'aïeul à qui il devait une Légitime; dans ce cas, le père, la mère, ou l'aïeul fera, suivant les lois romaines, casser le testament comme inofficieux, et déclarer la succession ouverte *ab intestat*, non pour que ses enfans viennent la partager avec lui, mais pour la recueillir seul et l'appliquer à son profit singulier. Or, pour faire cesser la querelle d'inofficiosité, il faut laisser à celui qui peut l'intenter, une quotité réglée par les lois, de ce qu'il aurait eu en l'exerçant; ce n'est donc que sur toute l'hérédité que doit être prise la Légitime d'un ascendant; et, par une conséquence nécessaire, les frères germains ne doivent point être comptés pour en fixer la supputation.

C'est aussi ce qu'ont jugé une foule d'arrêts des cours étrangères. — Pierre-Antoine de Petra en rapporte un qui a été rendu, en 1525, par la rote de Plaisance, en faveur de la comtesse de Toisca: *fuit judicatum Legitimam esse tertiam partem omnium bonorum.* — Le conseil souverain de Naples a jugé de même pour une autre mère: *Sacra au-*

Source : BIU Cujas

dientia judicavit quòd Legitima debita matri sit triens totius, dit Vivius. — Jean-François de Ponte, président du même tribunal, dit en son conseil 68, que cette décision y a encore été suivie pour le duc de Nerini. — Mercurialis Merlini, dans son Traité *de Legitimâ*, rapporte un arrêt semblable émané de la rote de Rome en 1578. — Le président Tessaur, décis. 162, nous en fournit un autre rendu au sénat de Turin, *consultis classibus*; et Belon, premier président de cette cour, établit la même doctrine, dans son Traité *de jure accrescendi*. — Le sénat de Chambéry l'a également adoptée par arrêt du 23 décembre 1594, inséré dans le Code de Favre, liv. 6, tit. 8, défin. 22.

Nous ne trouvons pas moins d'arrêts pour cette opinion dans les fastes de la jurisprudence française, que dans les auteurs étrangers.

Henrys en rapporte un rendu au parlement de Paris en 1658. — Il y en a un autre intervenu en la même cour, le 9 juillet 1683, après que la question eût été agitée pendant quatre séances à la troisième des enquêtes : ce sont les rédacteurs du Journal du palais qui le rapportent, et ils ajoutent: « Le parlement de Grenoble a pareillement rendu un arrêt célèbre en 1569, confirmatif de la sentence du vice-bailli de Vienne, qui avait infirmé la sentence du juge de Vienne; et en la réformant, adjuge à Jeanne Bruière la troisième partie de tous les biens d'Antoinette Guillemard sa fille pour sa Légitime; et la même chose avait été jugée au même parlement pour Louise Gruel, à laquelle la cour adjugea le tiers de tous les biens que possédait Antoine Dalojou son fils ». — Ce que le parlement de Grenoble jugeait dans le seizième siècle, il le jugeait encore dans le siècle suivant : Basset en rapporte deux arrêts des 19 décembre 1640 et 5 mai 1641 : ce dernier a été rendu de l'avis de toutes les chambres et par forme de règlement. — Boniface nous en a conservé un du 22 juin 1626, prononcé en robes rouges au parlement d'Aix, les trois chambres assemblées, qui a pareillement adjugé à une mère le tiers de tous les biens d'un défunt pour sa Légitime, nonobstant l'existence de plusieurs frères germains qui auraient concouru avec elle *ab intestat*. — Le Féron, sur la coutume de Bordeaux, assure que cette maxime était suivie de son temps au parlement de la même ville, *communi calculo*. — Le parlement de Toulouse s'est aussi fait là-dessus une jurisprudence constante. Despeisses et Catellan en rapportent trois arrêts des 23 décembre 1588, 16 octobre 1593 et 30 avril 1676.

Il est vrai que cette cour a jugé le contraire par quatre arrêts des 26 avril 1617, 21 mai 1629, 24 fevrier 1631 et 2 juin 1634, rapportés par d'Olive; mais c'était dans des cas où les défunts avaient institué leurs frères; et d'Olive atteste lui-même que le parlement de Toulouse mettait à cet égard une différence entre l'institution d'un frère et celle d'un étranger; en sorte que quand la première avait lieu, il réglait la Légitime des ascendans sur leur portion *ab intestat*, et que dans l'espèce de la seconde, il la réglait toujours sur la totalité des biens.

C'est aussi sur le fondement de cette distinction, qu'il a été jugé au parlement de Paris, le 10 juillet 1691, sur les conclusions de M. l'avocat général de Lamoignon, que la Légitime d'un père domicilié dans le Forez, sur les biens de son fils qui avait institué un autre de ses enfans, devait être réduite au tiers de ce qu'il aurait eu sans testament. Cet arrêt est rapporté par Bretonnier, qui avait plaidé la cause.

Mais cette distinction est-elle juste et fondée sur les principes? Lebrun, Voët et plusieurs autres auteurs ne forment aucun doute sur l'affirmative: ils prétendent que les frères germains doivent faire nombre quand ils sont institués, parcequ'alors, loin de pouvoir dire que le testament du défunt remet les choses dans l'état du droit commun, suivant lequel les frères ne concourent jamais avec les ascendans, il faut au contraire regarder la disposition du défunt comme une confirmation du privilège accordé aux frères par la Novelle 118, de succéder concurremment avec le père et la mère; ce qui, suivant les mêmes auteurs, doit empêcher que les ascendans ne soient censés les seuls successeurs *ab intestat*, et conséquemment qu'ils ne prennent leur Légitime sur la totalité de la succession.

Cette opinion a fait naître la question de savoir si les frères germains institués devaient aussi faire nombre pour augmenter la quotité de la Légitime de leur père et de leur mère, c'est-à-dire, pour la porter à la moitié de la portion *ab intestat*, lorsqu'ils se trouveraient, par exemple, au nombre de quatre, et qu'il y aurait un ou deux ascendans. L'affirmative a été prononcée par arrêt du parlement de Toulouse, du 24 octobre 1625; mais d'Olive n'approuve pas cette décision, et Lebrun pense de même.

Mais on se serait dispensé d'entrer dans cette question, si l'on avait bien pesé les vrais principes de la matière, et si, comme l'a fait le parlement de Grenoble par son arrêt de règlement, du 5 mai 1641, on avait rejeté la distinction établie par les arrêts de Paris et de Toulouse, entre le cas où le défunt a institué un étranger, et celui où il a choisi un frère pour son héritier.

Pourquoi en effet les frères germains institués feraient-ils part dans la Légitime de leur père et de leur mère? Ne peut-on pas dire en ce cas, comme lorsqu'ils sont prétérits, que leur existence ne doit pas donner à leur frère une plus grande liberté de disposer? Ne peut-on pas aussi ajouter que la Novelle 18 n'a point distingué, en fixant la Légitime des descendans au tiers ou à la moitié de toute la succession, si le défunt instituait des étrangers ou ses frères, et que la Novelle 118 n'a pas apporté le moindre changement à cette fixation, lorsqu'elle a appelé les frères germains concurremment avec le père et la mère? Enfin, si un enfant passait

Source : BIU Cujas

son père sous silence, l'institution qu'il aurait faite de ses frères n'empêcherait certainement pas que le père ne se fît adjuger toute la succession, comme ouverte *ab intestat*. Or, quand un fils laisse une Légitime à son père, c'est pour empêcher l'effet de la querelle d'inofficiosité ; il faut donc déterminer cette Légitime relativement à ce qui serait revenu au père en cas de prétérition, c'est-à-dire, relativement à la totalité des biens ; et en cela on ne prend pour règle que la succession *ab intestat ;* car dans le droit écrit c'est la même chose, lorsque la querelle d'inofficiosité réussit, d'être mort sans testament, ou d'avoir fait un testament vicié par la prétérition.

Nous ne sommes entrés dans tous ces détails que parcequ'ils tiennent à des principes qui influent sur une infinité d'autres questions ; car celle que nous agitons ici est nettement décidée en faveur du parti que nous soutenons, et cela par l'art. 61 de l'ordonnance de 1735, dont voici les termes : « La quotité de la Légitime des ascendans, dans les lieux où elle leur est due sur les biens de leurs enfans ou descendans qui n'ont point laissé d'enfans, et qui ont fait un testament, sera réglée eu égard au total desdits biens, et non sur le pied de la portion qui aurait appartenu auxdits ascendans, s'ils eussent recueilli lesdits biens *ab intestat*, concurremment avec les frères germains du défunt ; ce qui aura lieu, soit que ledit défunt ait institué héritiers ses frères ou sœurs, ou qu'il ait institué des étrangers (1) ».

XIX. Cette disposition, et les raisons qui l'ont motivée, amènent naturellement la solution d'une difficulté de la même espèce que la précédente : c'est de savoir si, dans les cas où il est dû une Légitime aux frères germains ou consanguins, on doit, pour la régler, compter les neveux que le droit de représentation aurait fait concourir avec eux, si le défunt était mort *intestat*. On sent, d'après tout ce que nous venons de dire, que la négative ne peut souffrir le moindre doute, soit que le défunt ait institué un étranger, soit qu'il ait appelé ses neveux préférablement à ses frères.

§. II. *De la supputation de la Légitime, considérée par rapport aux biens sur lesquels elle doit être prise.*

Cette matière nous présente deux objets à dis-

(1) Le parlement de Dijon a demandé, avant de procéder à l'enregistrement de l'ordonnance, qu'il lui fût permis de ne pas se conformer à cet article, attendu, disait-il, que sa décision contredit la loi municipale de la province. — Voici ce qu'a répondu M. le chancelier d'Aguesseau, le 29 juillet 1736.

« S'il était vrai qu'il y eût dans la coutume de Bourgogne quelque chose de contraire à la règle établie par l'article dont il s'agit, sa disposition ne devrait être considérée en ce cas que comme une suite du droit romain ; et si elle s'était expliquée contre les ascendans, tout ce qui en résulterait, est que, sur une question qui a partagé les sentimens des interprètes de ce droit, les rédacteurs ou les réformateurs de la coutume de Bourgogne se seraient déclarés pour l'un de ces sentimens contre l'autre, et cela ne formerait qu'un avis de plus dans une matière si controversée ; mais cet avis de plus n'aurait pas dû empêcher que, dans une loi qui a principalement pour objet de faire cesser toute diversité d'opinions dans une des plus importantes matières du droit romain, le roi n'autorisât le sentiment le plus conforme aux textes et aux véritables principes de ce droit, quoiqu'on eût préféré le sentiment opposé dans la réformation d'une coutume particulière. Autrement, il faudrait dire que sa majesté ne pourrait parvenir à rendre la jurisprudence entièrement uniforme sur une question qui est purement de droit écrit, plutôt que de droit coutumier ; et cela, sous prétexte que les rédacteurs ou les réformateurs d'une coutume ont suivi leur opinion particulière, contre celle qui a paru préférable au jugement du souverain législateur. Ainsi, dans une matière qui est hors de la sphère du droit municipal, et qui appartient entièrement au droit romain, la diversité des coutumes ne doit pas mettre plus d'obstacle que celle des jurisprudences, à un aussi grand bien que celui de l'uniformité dans les principes et dans les conséquences qui servent de règle aux jugemens. — Toutes ces réflexions seraient décisives, quand même la coutume de Bourgogne contiendrait une disposition expressément contraire à l'art. 61 de la nouvelle ordonnance ; mais elles deviennent presque entièrement inutiles, quand on considère que la coutume de Bourgogne n'a pas même prévu la question que cet article a décidée. — L'art. 7 du tit. 7 de cette coutume n'a fixé la quotité de la Légitime que par rapport aux enfans ; et il n'a fait qu'adopter la disposition de la Novelle 18, sans dire un seul mot de la Légitime des ascendans, et encore moins de la quotité de cette Légitime. — L'art. 14 du même titre parle bien à la vérité de la succession des pères et mères à leurs enfans ; on y fait la distinction des différentes natures de biens auxquels ils peuvent ou ne peuvent pas succéder ; on y établit la concurrence des pères et mères avec les frères, sœurs et neveux du défunt ; mais on n'y pourvoit qu'au cas de la succession *ab intestat*, sans prévoir celui de la succession testamentaire, et de la Légitime qui est due aux ascendans lorsqu'il s'agit de cette succession. — Il n'y a donc aucune disposition dans la coutume de Bourgogne sur la question qui a été décidée par l'art. 61 de la nouvelle ordonnance ; et en effet, un des magistrats des plus éclairés, non seulement du parlement de Dijon, mais de tout le royaume, qui n'a rien oublié pour soutenir, avec tout l'esprit et toute la capacité possibles, l'opinion contraire à celle qui a prévalu dans la nouvelle ordonnance, ne s'est point servi de l'autorité de la coutume de Dijon, quelque familière qu'elle lui soit, pour appuyer son sentiment — Ce n'est donc point ici le lieu de comparer la disposition de cette coutume avec celle de la nouvelle ordonnance, ou de demander si le roi a eu intention d'abroger cette disposition. Il n'y avait que quelques arrêts du parlement de Dijon qu'on pouvait opposer au sentiment que le roi a autorisé par la loi ; mais dans la nécessité où l'on était d'opter entre ces arrêts et ceux de différens parlemens qui avaient adopté l'opinion contraire à celle du parlement de Dijon, sa majesté a cru devoir préférer l'avis qui était, non seulement le plus conforme aux véritables principes, mais qui réunissait en sa faveur le suffrage du plus grand nombre des parlemens ».

[[Les constitutions sardes du 7 avril 1770 avaient adopté la distinction du parlement de Toulouse entre le cas où le défunt n'instituait qu'un étranger et celui où il instituait un ou plusieurs de ses frères. Voici leurs termes, liv. 5, tit. 3, art. 3 : « Quand le fils prédécédé aura institué héritier un étranger, sa mère aura le tiers de toute l'hérédité pour son droit de Légitime ; mais s'il a institué un ou plusieurs de ses frères, ou avec quelqu'un d'eux un ou plusieurs étrangers, elle partagera ledit tiers avec les seuls frères institués, sans que le cohéritier étranger ou les frères prétérits y ayent aucune part ; ce qui sera également observé entre le petit-fils et l'aïeule ».]]

Source : BIU Cujas

cuter : 1° quels biens sont sujets à la Légitime ? 2° comment faut-il considérer ces biens pour former la Légitime ?

ART. I. *Quels biens sont sujets à la Légitime ?*

Nous avons sur ce point huit questions principales à examiner. Elles consistent à savoir si et comment la Légitime peut être prise, 1° sur les biens dont le défunt a disposé, soit entre-vifs, soit à cause de mort ; 2° sur ceux qui étaient substitués dans sa personne ; 3° sur ceux qui ont été confisqués sur lui ; 4° sur ceux dont le légitimaire est exclus par la coutume ; 5° sur ceux qui sont compris dans les préciputs établis en faveur de certains héritiers ; 6° sur le douaire propre aux enfans ; 7° sur les gains nuptiaux et de survie ; 8° sur les biens qui ont déjà souffert une distraction de Légitime.

QUESTION I. *Les biens dont le défunt a disposé, soit entre-vifs, soit à cause de mort, sont-ils sujets à la Légitime ? le sont-ils indistinctement ? Comment y contribuent-ils* (1) ?

I. On n'a jamais douté que la Légitime ne dût être prise sur les biens dont le défunt avait disposé à cause de mort : c'est la conséquence nécessaire de la loi 8, §. 6, D. *de inofficioso testamento*, qui définit la Légitime, une partie de ce qu'on aurait eu, si le défunt n'avait pas fait d'acte de dernière volonté : *pars ejus quod ad (heredem) perventurum esset, si intestatus paterfamilias decessisset.*

La coutume de Paris contient même là-dessus une décision expresse ; elle veut, art. 298, que la Légitime soit « la moitié de telle part et portion que chacun enfant eût eu ene la succession desdits père et mère, et aïeul ou aïeule, ou autres ascendans, si lesdits père et mère ou autres ascendans n'eussent disposé par..... dernière volonté ».

L'art. 34 de l'ordonnance de 1731 confirme cette disposition : « Si les biens que le donateur aura laissés en mourant, sans en avoir disposé, ou sans l'avoir fait autrement que par des dispositions de dernière volonté, ne suffisent pas pour fournir la Légitime des enfans..... ».

II. Les legs pieux sont-ils compris dans cette décision ? La raison de douter, est qu'ils ne sont pas sujets au retranchement de la falcidie (2), et que la Légitime est souvent appelée *falcidie* dans les textes du droit (1). Néanmoins Ricard, Ferrière, Lebrun, décident nettement le contraire, et Furgole adopte leur avis sans difficulté, « parceque les legs et donations pieuses ne sont privilégiés qu'autant que les textes du droit l'ont déclaré expressément ; et comme ils n'ont exempté les legs pieux que de la falcidie proprement dite, qui consiste à retrancher le quart des legs ou des dispositions à cause de mort qui épuisent l'hérédité, il n'y a pas lieu d'étendre leur disposition à la Légitime, qui est à la place des alimens dus aux enfans par leurs ascendans, qui, par cette raison, est bien plus favorable que la falcidie, laquelle n'est introduite que par le droit civil ; au lieu que la Légitime due aux enfans est fondée sur le droit naturel, et par conséquent elle doit être considérée avec plus de faveur que les legs pieux et les donations faites aux églises ».

Chopin rapporte un arrêt du 21 avril 1575, dont on peut tirer un argument pour cette opinion, en ce qu'il juge que les réserves coutumières, qui sont des espèces de Légitimes, ne peuvent pas être entamées par des legs pieux. C'est aussi ce que décide formellement la coutume d'Ypres, rubr. 9, art. 2 : « On ne peut donner par testament, non pas même *ad pias causas*, plus que le tiers du patrimoine, les deux tiers des conquêts, et tous les meubles qui excèdent les dettes ».

Mais il ne faut point recourir à des autorités étrangères pour résoudre notre question : nous la trouvons clairement décidée par deux arrêts du parlement de Paris et un du parlement de Flandre.

Le premier, rendu le 12 février 1583, et rapporté par Robert, a adjugé à un père la Légitime qu'il demandait sur la succession de son fils, entièrement épuisée en legs pieux. — Le second, du 2 février 1586, est rapportée par Brodeau : « Par cet arrêt, dit-il, la cour adjugea la Légitime au père (dans la coutume de Vermandois), encore que la disposition testamentaire du fils fût en faveur des pauvres ». — Voici comment de Baralle rend compte du troisième : « Au procès du sieur Tranche contre les sieurs de Broyde et de Perenchier, il fut jugé que la Légitime devait se prendre avant les legs pieux, suivant l'opinion de Merlinus, *de Legitimâ*, lib. 2....., le 21 mai 1695 ».

III. Mais au moins les legs faits par forme de restitution de vol ou d'usure, ne sont-ils pas exempts du retranchement de la Légitime ? Benedicti, Lebrun et Furgole distinguent si le vol ou l'usure

(1) L'ordonnance de 1731 a décidé plusieurs points de cette question : cependant nous la traiterons ici comme si elle était encore tout-à-fait entière, parcequ'il s'élève encore parmi nous des contestations sur des actes antérieurs à 1731, parcequ'il est toujours essentiel pour un jurisconsulte de connaître les principes qui ont dicté les lois nouvelles, [[enfin, parceque l'ordonnance dont il s'agit, n'a pas été publiée dans une grande partie du territoire actuel de la France.]]

(2) *Quomodò ferendum est hoc quod in sacrum venerit per falcidiam, vel aliam occasionem minui .....? Sine falcidiæ ratione pauperibus qui in civitate sunt, vel penitùs mendicantibus, vel alid sustentatione egentibus, eædem pecuniæ distribuantur.* Loi 54, C. de episcopis et clericis.

Similiter falcidia cessat in his quæ ad pias causas relicta sunt. Auth. 3, C. ad legem falcidiam.

(1) *Si parens in quemdam liberorum vel in quosdam donationem immensam fecerit, quisque tantum feret ex hereditate nomine falcidiæ, quantum poterat ante donationem deberi.* Auth. 2, C. de inofficioso testamento.

Quæ nuper ad testamenta conservanda nec facilè retractanda sancimus, ut ratione falcidiæ minimè illis personis derelictæ quæ ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur testamenta, sed quod deest Legitimæ portioni tantùm repleatur..... Loi 31, C. eod. tit.

Source : BIU Cujas

sont prouvés ou non. — Au premier cas, les légataires doivent être payés avant les légitimaires, et ceux-ci ne peuvent pas même forcer les héritiers à faire entrer fictivement ces sortes de legs dans la masse des biens du défunt, afin d'augmenter leur Légitime, par la raison que les légataires sont en ce cas de vrais créanciers, et que la Légitime ne doit s'estimer que déduction faite de toutes les dettes passives. — Il en est tout autrement au second cas. La Légitime ne souffrant ni condition, ni délai, ni charge, comme on l'a vu ci-devant, on ne peut considérer la qualification ajoutée aux legs, que comme un prétexte inventé pour frauder les légitimaires; et dès-là, nulle raison pour ne pas comprendre ces sortes de dispositions dans le retranchement de la Légitime. C'est ainsi que Saint-Grégoire-le-Grand (liv. 7, lett. 4) écrivait à l'évêque de Messine, que quelque couleur qu'un père eût donnée à un legs considérable qu'il avait fait au profit de son église, il fallait examiner s'il restait des alimens aux enfans, avant de recueillir une pareille libéralité.

IV. C'est par la même distinction qu'il faut résoudre la question de savoir si les legs rémunératoires sont sujets à la Légitime. La négative a lieu quand les services sont prouvés, et de nature à fonder une action pour en faire la demande en justice; dans tout autre cas, il faut se tenir à l'affirmative. Ainsi pensent Alexandre, Merlini, Lebrun et Furgole.

V. Les donations entre-vifs, quand elles sont excessives et faites en fraude du légitimaire, sont incontestablement sujettes à être retranchées pour la Légitime. C'est la disposition textuelle de la loi 87, §. 3 et 4, *de legatis* 2°, au Digeste : *Imperator Alexander Augustus, Claudiano Juliano præfecto urbis : si liquet tibi, Juliane carissime, aviam intervertendæ inofficiosi querelæ patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit, id quod donatum est, pro dimidiâ parte revocari.*

On a douté s'il en devait être de même des donations modérées et qui ne diminuent la Légitime que parceque le donateur, après les avoir faites sans fraude, a aliéné la plus grande partie de ce qui lui restait de biens. La négative ne souffrait aucune difficulté dans la jurisprudence du Digeste, parceque le droit ancien ne soumettait véritablement à la Légitime que les biens dont le défunt était propriétaire au moment de sa mort, et qu'il avait fallu un rescrit du prince, rapporté dans la loi que nous venons de citer, pour y soumettre également les donations excessives et frauduleuses. La jurisprudence du Code paraît sur ce point conforme à celle du Digeste : les lois qui y sont placées sous le titre *de inofficiosis donationibus*, ne parlent, à l'occasion du retranchement pour la Légitime, que des donations faites pour éluder la querelle d'inofficiosité, et qui comprennent tout ou presque tout le patrimoine des donateurs.

C'est une grande question entre les interprètes, si la Novelle 92 a établi là-dessus un nouveau droit. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'elle n'ordonne le retranchement que sur les donations considérables. *Si quis donationem immensam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit.....* Reste donc à savoir si cette loi doit être restreinte aux donations qui sont à la fois considérables et inofficieuses, ou si l'on peut l'appliquer à celles où l'on ne remarque pas d'inofficiosité, et qui par conséquent ne portent aucun caractère de fraude. Accurse, Barthole, l'antécesseur Julien, Paul de Castres et le président Favre ont soutenu le premier parti; mais leur opinion ne paraît pas compatible avec l'esprit de la Novelle citée : en effet, dit Duperrier, « cette constitution serait inutile contre la nature des Novelles citée, qui ont toutes été faites pour abroger ou corriger et changer quelque chose du droit ancien; car inutilement aurait-il ordonné que les donations inofficieuses seraient sujettes à la Légitime des enfans, puisque tant de lois l'avaient déjà si expressément ordonné ». Grivel, décis. 97, nous apprend que cette raison a fait juger au parlement de Dole, par arrêt du mois de septembre 1603, que la donation faite à un fils d'une somme de 3500 écus par un père qui en possédait alors 42,000, devait contribuer à la Légitime des autres enfans; et nous voyons dans le Recueil de Stockmans, décis. 109, que la même chose a été jugée au conseil souverain de Brabant, le 22 juin 1644, dans l'espèce d'une donation de 150,000 livres, faite par un père qui avait laissé huit enfans et 30,000 livres à chacun.

VI. La novelle 92 ne parle que des donations faites aux descendans : les auteurs ont été partagés sur la question de savoir si elle devait être étendue aux libéralités dont un père avait gratifié des étrangers.

Duperrier soutient la négative. Il est vrai, dit-il, que la loi 1, C. *de inofficiosis donationibus*, ne met, quant au retranchement de la Légitime, aucune différence entre les donations faites aux enfans, et celles qui sont faites à des étrangers : mais il ne s'agit dans ce texte que des donations inofficieuses; et la novelle 92, qui en a étendu la disposition à celles qui ne sont pas infectées de ce vice, ne parle que des enfans; ainsi les choses sont restées à l'égard des étrangers, sur le pied du droit ancien : « Et il ne faut pas trouver étrange que Justinien ait restreint la novelle 92 aux donations faites aux enfans; car il faut toujours pourvoir aux maux qui sont le plus à craindre; et Justinien a cru, avec grande raison, que difficilement un père ou une mère donnerait son bien à des étrangers, au préjudice de ses enfans, s'il n'y était porté par quelque juste considération, et qu'au contraire il arrive tous les jours qu'un père et une mère partageant inégalement leurs affections entre leurs enfans, leur peuvent aussi distribuer trop inégalement leurs biens ».

Cette doctrine était rigoureuse; cependant elle était appuyée d'un arrêt du parlement d'Aix, « par

Source : BIU Cujas

lequel il fut dit, qu'en liquidant la Légitime des enfans du premier lit, on ne mettrait point en compte la donation faite par le père à sa seconde femme, quoique la propriété en dût appartenir à l'héritier, qui était fils du premier lit, après la mort de sa mère, suivant la novelle 22, qui était encore une très forte considération en faveur des légitimaires ».

Il paraît que l'usage de la Provence a été long-temps conforme à l'avis de Duperrier. Voici ce qu'en dit l'additionnaire de cet auteur : « Un acte de notoriété donné par les syndics des avocats, en 1683, dans un procès évoqué au parlement de Grenoble, prouve qu'on tenait alors pour maxime, que les donations faites aux étrangers, n'entraient pas dans la composition de la succession *ad impinguendam Legitimam :* mais la question ayant été parfaitement discutée, l'arrêt jugea que toutes les donations devaient entrer dans la composition du patrimoine, pour fixer la quotité de la Légitime ; et depuis on ne s'écarta plus de cette décision ».

L'ordonnance de 1731 a fixé irrévocablement la jurisprudence sur ce point important. L'art. 34 porte que la Légitime sera prise sur les donations entre-vifs ; et prévoyant le cas où l'un ou plusieurs des donataires seraient du nombre des enfans, il ordonne qu'ils retiendront à compte de leur Légitime ce qui leur aura été donné. Cette disposition prouve nécessairement que dans les donations entre-vifs dont il est d'abord parlé indéfiniment, sont comprises celles qui sont faites aux étrangers.

L'ordonnance ne distingue même pas si les donations dont elle prescrit le retranchement, sont considérables ou modiques ; et en cela elle ne fait qu'adopter l'usage introduit long-temps auparavant, d'appliquer la novelle 92, *non seulement aux donations médiocres, mais encore aux plus petites,* comme l'atteste Duperrier lui-même.

VII. On demande si la disposition de l'ordonnance doit avoir lieu contre les enfans donataires de biens situés dans des coutumes qui ne les obligent pas au rapport. — Il faut répondre sans difficulté pour l'affirmative. Les étrangers ne rapportent jamais à la succession les donations qui leur ont été faites, et cependant on vient de voir qu'ils sont tenus d'en souffrir le retranchement, lorsque la Légitime l'exige. Ainsi, dit Lebrun, « nous distinguons entre le rapport pour la Légitime d'autrui et le rapport pour la succession, ce que Me Charles Dumoulin a observé sur l'art. 19 de la coutume de Lille, lequel portant que donation entre-vifs ne se rapporte en succession, il a fait cette note sur cet article : *Nisi in directâ, ad supplendam aliorum Legitimam* ».

C'est sur ce fondement que le parlement de Flandre, par arrêt du 1er juillet 1780, confirmatif d'une sentence de la gouvernance de Lille, entre le marquis de Croix et le chevalier de Croix son frère, légitimaire, a condamné le premier à rapporter à la masse une donation qui lui avait été faite en *avancement d'hoirie*, « pour par le chevalier de Croix y exercer son droit de Légitime ». Le marquis de Croix se fondait sur l'art. 66 du tit. 2 de la coutume de la Châtellenie de Lille, suivant lequel « donations entre-vifs ne se rapportent en succession, ains les ont les donataires hors part ». *V.* ci-après, n. 15.

VIII. Une autre question sur laquelle l'ordonnance se tait également, est de savoir si les donations qui ne sont point sujettes à la loi *si unquàm*, doivent, lorsqu'elles sont faites avant le mariage, contribuer à la Légitime des enfans qui en sont nés. La loi 5, C. *de inofficiosis donationibus*, fait entendre clairement qu'elles y sont tenues : Si vous avez, dit-elle, épuisé tout votre patrimoine par les donations dont vous avez gratifié vos enfans émancipés, il faut y faire rentrer la quantité de biens nécessaire pour fournir à vos autres enfans, *de quelque mariage qu'ils soient nés*, la portion que l'on doit toujours laisser à des descendans non ingrats, lorsqu'on veut les empêcher d'intenter la querelle d'inofficiosité : *Si totas facultates tuas per donationes vacuas fecisti quas in emancipatos filios contulisti ; id quod ad submovendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est, et factis donationibus detractum, ut filii vel nepotes posteà ex quocumque legitimo matrimonio nati, debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum revertetur.* — Le motif de cette décision est que le donateur a dû pourvoir en tout temps aux enfans qui pourraient lui naître dans la suite, rien n'étant plus naturel ni plus inviolable qu'une pareille obligation. D'ailleurs, le donataire a dû s'attendre, que s'il n'était pas soumis à la loi *si unquàm*, il le serait au moins au retranchement de la Légitime ; et en effet, quoique la présomption de volonté qui est le fondement de la révocation entière pour survenance d'enfans, n'ait pas lieu dans les cas dont nous parlons, l'équité ne laisse pas de venir au secours des enfans, pour détacher de ces sortes de donations la portion alimentaire que la nature et la loi ne permettent pas de leur ôter.

S'il en est ainsi dans la thèse générale, peut-on dire la même chose des donations que le père et la mère se sont faites par leur contrat de mariage ? — Il faut distinguer si ces donations sont renfermées dans les bornes ordinaires des conventions matrimoniales, ou si elles les excèdent.

Dans le premier cas, elles ne sont pas sujettes à la Légitime, parcequ'on les regarde comme des clauses vraiment onéreuses, et que les dispositions faites à titre onéreux, sont régulièrement, comme on le verra ci-après, exemptes de cette contribution : tels seraient une stipulation de communauté coutumière, un douaire préfix proportionné au coutumier, un ameublissement du tiers des immeubles, quand on n'a point de meubles, etc.

Il en est autrement dans le second cas, c'est-à-dire, par rapport à un ameublissement excessif, à

Source : BIU Cujas

un douaire exorbitant, à une communauté dont le partage serait réglé d'une manière désavantageuse à celui sur les biens duquel on prétend la Légitime. En effet, dit Lebrun, « si l'on a jugé que les donations faites avant le mariage et en un temps auquel on songeait le moins à avoir des enfans, ne laissaient pas d'être sujettes à la Légitime, à plus forte raison tout ce qui pouvait être réputé donation dans un contrat de mariage, dans lequel on a dû pourvoir aux enfans qui pouvaient naître du mariage ».

C'est aussi ce que décident expressément deux de nos coutumes : — « Mari peut donner à sa femme en faveur et traité de mariage, à temps ou à perpétuel, ce que bon lui semblera de son meuble ou héritage, *et è contrà*; sauf la Légitime aux enfans, s'aucuns en ont d'autre mariage ou de présent». (La Marche, art. 289.) — « Par traité de mariage, et pour y parvenir, deux futurs conjoints se peuvent donner l'un à l'autre telle part et portion de leurs biens meubles et héritages (soient tenus en fiefs ou rotures), que bon leur semblera, à perpétuité ou à vie, pourvu que la Légitime soit réservée à leurs enfans ». (St.-Quentin, art. 14.)

Catellan nous a conservé un arrêt du parlement de Toulouse qui confirme cette doctrine : « Par arrêt du mois de mars 1679, rendu en la grand'chambre, à mon rapport, il a été jugé en thèse, que la pension viagère qu'un homme qui se remarie ayant des enfans d'un premier lit, avait donnée dans son second contrat de mariage à sa seconde femme, au cas qu'elle lui survécût, ne pouvait pas diminuer la Légitime des enfans du premier lit, et que leur Légitime ne devait pas contribuer au paiement de cette pension viagère. La sentence arbitrale, qui, adjugeant aux enfans du premier mariage un neuvième pour leur Légitime, avait ordonné qu'ils imputeraient un neuvième de cette pension viagère, fut réformée, et les enfans déchargés de cette imputation. La raison de l'arrêt est qu'il ne faut pas regarder comme dette ce qui est donné dans un contrat de mariage par celui ou celle qui se remarie ayant des enfans du premier lit, au second conjoint; que ce sont des libéralités qui ne peuvent diminuer la Légitime des enfans du premier lit; ce qui pourtant arriverait, si leur Légitime devait contribuer au paiement de ces libéralités, ou s'il fallait les distraire du patrimoine avant de composer les Légitimes ».

En serait-il de même à l'égard d'une donation mutuelle?

Il y a dans le Recueil de Desjaunaux un arrêt du parlement de Flandre qui a jugé pour la négative. — Une femme avait été mariée trois fois, et avait eu des enfans de ses trois lits. Par le troisième contrat de mariage, il avait été stipulé *que le survivant des deux conjoints demeurerait en tous biens, meubles et acquêts immeubles, en payant les dettes.* Cette clause étant permise dans la coutume de Cambrai qui régissait les parties, les enfans des deux premiers lits, hors d'état de l'attaquer directement, se bornèrent à demander que le mari survivant fût tenu de leur fournir un supplément de Légitime sur la part de leur mère dans la communauté. Le mari soutint que la donation qui lui avait été faite de cette part, étant réciproque, ne pouvait être assujettie à rien envers les enfans des mariages antérieurs au sien, parceque ce n'était pas une libéralité proprement dite, mais une convention onéreuse, dont le risque formait le prix et écartait toute idée de lésion. Cette défense ne fut pas accueillie des échevins de Cambrai, qui, par sentence du 18 mai 1695, condamnèrent le beau-père à payer le supplément de Légitime qu'on lui demandait; mais sur l'appel au parlement de Flandre, la sentence fut infirmée, et les enfans furent déboutés par arrêt du 6 octobre 1696.

Cet arrêt, uniquement fondé sur ce qu'une donation mutuelle n'est pas soumise aux mêmes règles que les libéralités ordinaires, ne paraîtra pas sans doute fort exact à ceux qui le pèseront dans la balance des lois et des principes. — En effet, les donations mutuelles sont sujettes, comme les autres, à la formalité de l'insinuation et à la révocation pour survenance d'enfans : l'ordonnance de Moulins décide nettement le premier point, et celle de 1731 confirme le second. Il a même été jugé par un arrêt du parlement de Flandre du 9 août 1703, inséré pareillement dans le recueil de Desjaunaux, que les donations mutuelles sont comprises dans la défense des avantages entre conjoints, portée en termes indéfinis par la coutume de la châtellenie de Lille. C'est aussi ce qui résulte de la loi 32, §. 9, et de la loi 5, §. 2, D. *de donationibus inter virum et uxorem.* — D'après cela, il est clair que les donations mutuelles ne doivent pas être plus exemptes que les autres, du retranchement de la Légitime; et c'est précisément ce que décide l'art. 290 de la coutume de la Marche : « Si après le mariage consommé, mari et femme font donation mutuelle l'un à l'autre, telle donation est valable, pourvu qu'elle soit égale; et s'il y avait inégalité, sera réduite à égalité, sauf toutefois aux enfans leur Légitime ».

IX. Les constitutions de dots sont-elles sujettes à la Légitime?

La loi 1, C. *de inofficiosis dotibus*, répond qu'oui, dans l'espèce d'une dot promise par le contrat d'un second mariage; et sa décision, quoique bornée à ce cas particulier, ne laisse pas d'être générale : c'est ce que prouvent deux autres lois du Code Théodosien, titre *de inofficiosis dotibus*, dont on a formé celle dont il s'agit. La première ordonne en général que toutes les dots qui épuisent les biens des pères et des mères, au préjudice de la Légitime de leurs enfans, seront sujettes à la réduction, comme les autres donations entre-vifs. La seconde étend la disposition de la première aux dots que les femmes ont données à leurs maris, pères des enfans qui s'en plaignent.

Cette jurisprudence n'a pas toujours été accueillie universellement. Cambolas rapporte un arrêt

Source : BIU Cujas

du parlement de Toulouse, du mois de juillet 1604, rendu dans l'assemblée des chambres, et prononcé en robes rouges, qui a jugé que les dots constituées aux filles par leurs pères, n'étaient point sujettes au retranchement de la Légitime de leurs frères et de leurs sœurs. — Dans la suite cependant, on ouvrit les yeux sur l'injustice d'une pareille décision; et le parlement de Toulouse jugea, comme les autres cours du royaume, que les dots étaient tenues de contribuer à la Légitime, de même que les donations pures et simples. D'Olive en rapporte trois arrêts des 24 février 1627, 5 mai 1628 et 11 décembre 1630. Catellan nous en fournit un quatrième du 27 novembre 1669.

On a mis en question si cette jurisprudence devait être suivie à l'égard des dots constituées en deniers. Les raisons de douter, adoptées par César Ursillis, étaient que les meubles n'ont point de suite par hypothèque; que les dots mobilières s'emploient le plus souvent en achats des choses nécessaires aux nouveaux ménages; que quelquefois même elles se consomment en dépenses inutiles; de sorte qu'il n'en reste communément rien aux époux lors du décès des pères et des mères qui les ont dotés. Mais ces raisons frivoles n'ont point été écoutées, et plusieurs arrêts solennels les ont proscrites: il y en a un, entre autres, du 3 décembre 1642, qui est rapporté au Journal des audiences, avec le plaidoyer de M. l'avocat général Briquet, dont les conclusions ont été suivies.

La renonciation de la fille à la succession de son père et de sa mère qui l'ont dotée, la met-elle à l'abri des poursuites de ses frères et de ses sœurs légitimaires? Ricard soutient l'affirmative. « Il n'est pas juste (dit-il), que la fille qui a ainsi renoncé, ne pouvant gagner, puisse perdre; c'est un hasard qu'elle a pris, qui était attaché à l'incertitude de la fortune, et qui eût été à son désavantage, si son père eût augmenté de biens, comme dans l'événement il lui est utile, eu égard à la décadence des biens de son père ». Lebrun, Argou, Ferrière, et le premier président de Lamoignon en ses arrêtés, sont au contraire de l'avis du retranchement: Bretonnier pense de même dans ses *Questions alphabétiques*, article *Renonciation*, et rapporte deux arrêts conformes à son opinion. « La raison en est, (dit le président Espiard), qu'il n'y a rien de comparable à la Légitime: autrement, un père, en donnant une dot très considérable à sa fille, pourrait, en la faisant renoncer à sa succession, donner atteinte à la Légitime des autres enfans ».

C'est une question si le retranchement de la Légitime sur une dot, peut avoir lieu du vivant du mari.

L'affirmative n'a jamais souffert de difficulté dans les parlemens de Paris, de Grenoble et d'Aix; nous en trouvons les preuves dans le Journal des audiences, dans le recueil des arrêts de Basset, et dans le commentaire de Mourgues sur les statuts de Provence.

Mais il existe plusieurs arrêts contraires du parlement de Toulouse: tels sont d'abord ceux des 24 février 1627, 5 mai 1628 et 11 décembre 1630, cités plus haut. Catellan en rapporte deux autres du mois de janvier 1670 et du 10 avril 1677.

Les motifs de ces arrêts paraissent très plausibles à la première vue. — 1° La cause de la dot est *perpétuelle*, le mari l'a entre les mains pour sa vie, elle lui a été donnée pour soutenir les charges du mariage; c'est même par l'attrait de cette espèce de donation qu'il s'est marié; il y aurait donc autant de dureté que d'injustice à l'en dépouiller. — 2° La dot n'est pas un titre gratuit par rapport au mari, les lois le considèrent comme un créancier, et non comme un donataire. — 3° La loi 25, §. 1, D. *quæ in fraudem creditorum*, décide que l'action Pauliane, ou révocatoire des aliénations faites en fraude des créanciers, n'a pas lieu contre le mari qui a reçu la dot sans participer au dol de son beau-père. Cette loi met donc le mari au niveau des véritables créanciers; la dot est donc pour le mari un titre onéreux, dans toute la force de ce terme; on ne peut donc pas, tant que ce titre n'est pas résolu par la mort du mari, comprendre la dot dans le retranchement de la Légitime. — 4° La loi 1, §. 10, D. *si quid in fraudem patroni*, exempte la dot donnée par un affranchi à sa fille, de l'action révocatoire du patron: *Sed si libertus filiam dotavit, hoc ipso quòd dotavit non videtur fraudare patronum, quia pietas patris non est reprehendenda.*

Mais ces raisons, quelque spécieuses qu'elles soient, ne peuvent l'emporter ni sur les principes du droit romain, ni sur d'autres raisons beaucoup plus solides. — 1° La loi unique, C. *de inofficiosis dotibus*, veut que le retranchement se fasse même pendant la vie du mari. Il est vrai qu'elle ne parle que du cas où la femme s'est dotée elle-même: mais quelle différence y a-t-il entre ce cas et celui d'une fille qui reçoit une dot de la main de son père et de sa mère? — 2° De quelque manière qu'on veuille expliquer cette loi, il en résulte toujours que le motif de sa décision est général: en effet, elle n'ordonnerait pas le retranchement de la dot pour la Légitime des enfans, si le mari contre lequel elle permet à ceux-ci de se pourvoir, la tenait à titre purement onéreux: il faut donc qu'elle considère ce titre comme gratuit; et c'est aussi ce que porte la loi dernière, C. *de donationibus ante nuptias*, aux mots *antiqui juris conditores inter donationes etiam dotes connumerant*. Le parlement de Toulouse lui-même l'a toujours ainsi jugé, puisque, comme nous le voyons dans le recueil de Catellan, il a toujours admis la révocation de la dot pour survenance d'enfans, même du vivant du mari. — 3° Différer le retranchement jusqu'au décès du mari, c'est priver les enfans d'un secours que la nature et la loi leur assignent sans condition et sans délai; c'est autoriser les parens à secouer eux-mêmes le joug de l'obligation la plus sacrée et la plus indispensable; c'est tromper la prévoyance des lois, et ouvrir la porte aux fraudes qu'elles ont voulu éviter en introduisant la plainte d'inofficiosité contre les

Source : BIU Cujas

dots. — 4° Il est certain que les dots entrent dans la composition du patrimoine pour régler la Légitime ; il faut donc qu'elles soient considérées en cette matière comme des libéralités, et conséquemment qu'elles soient sujettes sans délai au retranchement pour la Légitime.

A ces raisons se réunit l'autorité des auteurs les plus éclairés sur ce point, tels que Dumoulin, Merlini, Perèz, Maynard et d'Olive.

Les objections que l'on oppose, ne sont pas de fort grand poids.

1° Il est vrai que la cause de la dot est perpétuelle, c'est-à-dire, que l'intention du constituant est de la laisser au mari pendant sa vie ; mais les lois n'ont pas décidé que le mari ne pourrait pas être évincé de la dot pour une cause antérieure, elles ont même fait entendre le contraire en pourvoyant à la garantie. (Loi 34, D. *de jure dotium.* Loi 13, C. *eod, tit.* Loi 71, D. *de evictionibus.*) — Or, quoique la Légitime ne soit régulièrement exigible que du jour de la mort du père ou de la mère, elle est néanmoins due auparavant, et l'on peut en quelque sorte en faire remonter le titre au temps du contrat de mariage; c'est comme une dette conditionnelle, qui prend sa source dans l'union des époux, qui se contracte par la naissance des enfans, et à laquelle les lois ont apposé pour condition le prédécès des parens et la survie des enfans; ou, si l'on veut, c'est une dette à terme, *cujus dies cessit, sed non venit;* et l'on est d'autant plus fondé à la qualifier ainsi, qu'elle fait rentrer dans le patrimoine de celui qui la doit, toutes les dispositions gratuites qui ont précédé même la naissance des légitimaires : ce qui serait impraticable, si le titre de la Légitime n'était pas regardé comme préférable à tous les autres titres gratuits, et si les dispositions n'étaient pas censées faites sous la condition tacite d'assujettir aux Légitimes les biens donnés ou constitués en dot.

2° Les lois 8, §. 13, D. *quibus modis pignus solvitur*, et 19, D. *de obligationibus et actionibus*, déclarent, à la vérité, que le mari est créancier et même acheteur de la dot : mais les mots *videtur* et *quodammodo*, dont elles se servent, donnent clairement à entendre que c'est par une espèce d'abus des termes qu'elles s'expriment ainsi; et la loi dernière, C. *de donationibus ante nuptias*, prouve assez que la dot est considérée en droit comme une libéralité proprement dite. Catellan, liv. 4, ch. 44 et 66, rapporte même des arrêts du parlement de Toulouse qui sont conformes à cette maxime.

3° Il y a quatre réponses à opposer à la loi 25, §. 1, D. *quæ in fraudem creditorum.* — D'abord, dans l'espèce de cette loi, il s'agit de dépouiller un mari de toute la dot; au lieu que le retranchement de la Légitime ne peut lui en ôter qu'une partie. — En second lieu, la même loi suppose un mari qui ignore que son beau-père fraude ses créanciers, et qui par conséquent est hors d'état de soupçonner qu'il puisse jamais être inquiété par eux; au lieu que dans le cas dont nous parlons, il a dû prévoir que la fortune de son beau-père pourrait diminuer par des accidens volontaires ou forcés, et que ses autres enfans ne trouvant pas dans le reste du patrimoine, de quoi compléter leur Légitime, réclameraient la portion que la nature et la loi leur attribuent sur la dot constituée; si cette considération ne l'a point arrêté, et s'il s'est marié malgré l'obstacle qu'elle semblait devoir y apporter, c'est une faute qu'il ne peut imputer qu'à lui-même, et dont il doit naturellement supporter les suites. — Troisièmement, la loi 25, §. 1, *D. quæ in fraudem creditorum*, doit être observée dans son espèce; mais il ne faut pas l'étendre à un cas différent, et sur-tout à un cas que d'autres lois, placées sous les titres *de inofficiosis donationibus* et *de inofficiosis dotibus*, ont décidé tout autrement; on doit donc s'attacher à ce texte quand il est question de l'action Pauliane ; mais quand il s'agit de la plainte d'inofficiosité et du retranchement de la Légitime, c'est aux lois et aux règles propres à cette matière qu'il faut s'en tenir, sans chercher des argumens éloignés dans des décisions étrangères. En user autrement, ce serait confondre toute la jurisprudence romaine, et rendre douteuses, incertaines et même inextricables, des lois que les espèces et les circonstances différentes tirent de la classe de celles auxquelles on les oppose. — Quatrièmement, il y a des différences essentielles entre l'action Pauliane et l'action en retranchement de la Légitime : « L'action Pauliane (dit Furgole), n'est qu'un remède subsidiaire accordé aux créanciers non hypothécaires, à raison du dol pratiqué par le vendeur et l'acheteur; car s'ils avaient une hypothèque, il ne serait pas nécessaire de recourir à ce remède, parceque l'hypothèque serait un moyen suffisant pour faire révoquer les aliénations, sans qu'il fût besoin de prouver la fraude : au lieu que la Légitime produit une hypothèque dont le principal effet est de faire rentrer dans le patrimoine toutes les donations faites et les dots constituées; ce qui prouve que cette hypothèque remonte au jour du contrat de mariage des père et mère. Il n'est donc pas merveilleux que l'action Pauliane ne révoque pas la dot à l'égard du gendre qui n'a pas participé à la fraude, parcequ'il est considéré comme un créancier à l'égard des créanciers non hypothécaires ; mais il n'en est pas de même lorsqu'il est en concours avec les autres enfans légitimaires, parcequ'ils sont créanciers hypothécaires, et que d'ailleurs, à leur égard, le gendre n'est pas considéré comme vrai créancier; ce qui fait que les enfans légitimaires sont plus favorablement traités, dans cette espèce, que les simples créanciers cédulaires ».

4° Il y a pareillement une grande différence entre l'espèce de la loi 1, §. 10, D. *si quid in fraudem patroni*, et celle dont il est ici question. Il n'est pas étonnant que l'intérêt d'une fille l'emporte sur celui d'un patron : l'un est fondé sur la

Source : BIU Cujas

nature ; l'autre n'est appuyé que sur la rigueur des vestiges d'un droit de servitude : aussi le jurisconsulte dit-il nettement qu'à l'égard de celui-ci, on ne doit pas blâmer la piété paternelle, *pietas patris non est reprobanda :* d'où naît un puissant argument *à contrario*, que ce serait une piété répréhensible dans la personne d'un père, de vouloir donner tout à ses filles, et ne laisser rien à ses autres enfans ; et que dans le cas où cela arriverait par mauvaise fortune et absolument contre son intention, son cœur le porterait naturellement à diminuer les dots des premières, pour donner quelque soulagement aux seconds.

Tout ce que nous venons de dire sur l'assujettissement de la dot au retranchement pour la Légitime, a été adopté par l'art. 35 de l'ordonnance de 1731 : « La dot (porte-t-il), même celle qui aura été fournie en deniers, sera sujette au retranchement pour la Légitime... ; ce qui aura lieu, soit que la Légitime soit demandée pendant la vie du mari, ou qu'elle ne le soit qu'après sa mort, et quand il aurait joui de la dot pendant plus de trente ans, ou quand même la fille dotée aurait renoncé à la succession par son contrat de mariage ou autrement, ou qu'elle en serait exclue de droit, suivant la disposition des lois, coutumes ou usages ».

Cet article ne décide pas si les intérêts d'une dot promise et non acquittée du vivant du père et de la mère, sont soumis au retranchement aussi bien que le principal. Par exemple, un père et une mère marient une fille et lui promettent une dot de 20,000 livres ; mais ils ne l'acquittent pas. Après leur mort, le gendre, qui a eu soin de ne pas laisser prescrire son action, s'oppose au décret de leurs biens, pour avoir paiement de l'apport de sa femme : les autres enfans sont-ils fondés à faire retrancher une partie des arrérages qu'il réclame, sous prétexte qu'ils entament leur Légitime ; ou doivent-ils borner le retranchement au principal ?

Le premier parti semble d'abord le plus juste et le plus équitable. Les intérêts sont accessoires à la dot ; il faut donc les considérer comme donnés par le père et la mère, suivant la règle *accessorium sequitur principale.* D'ailleurs, les quittances peuvent avoir été rendues par le père et la mère qui ont doté ; et, ce qui mérite une attention particulière, celui qui voudrait éluder la Légitime de ses autres enfans, n'aurait, pour y parvenir, qu'à donner une dot qui excédât ce qu'il possède, de manière que sa succession pût à peine suffire au paiement des intérêts.

Cependant Lebrun décide que, hors le cas de fraude, le retranchement ne doit opérer que sur le principal ; « et j'apprends, dit-il à ce sujet, qu'il a été ainsi jugé par arrêt de la quatrième des enquêtes ».

La première raison qu'en donne cet auteur, est que l'inexécution de la donation ne doit pas servir de prétexte pour faire monter la Légitime plus haut que si la donation avait eu tout son effet. Or, en ce dernier cas, le principal eût été seul assujetti à la Légitime : ainsi, dans le premier, la donation ne doit être diminuée que dans son principal, et point dans les intérêts qui en sont dus.

La seconde raison est que le retranchement pour la Légitime ne doit porter que sur les objets qui entrent dans la composition de la masse d'après laquelle on fixe la Légitime : or, il est certain que les intérêts d'une somme promise en mariage n'augmentent point cette masse, puisqu'ils doivent au contraire en être distraits, comme le seraient les fruits d'un bien qui aurait été livré au donataire.

Nous avons dit que cette décision ne doit avoir lieu que dans le cas où il n'y a point de fraude de la part de celui qui a promis la dot : et en effet, elle devrait cesser, si l'on avait de justes sujets de soupçonner que le père eût payé les intérêts de son vivant, et qu'il en eût rendu les quittances à son gendre, pour lui faire un avantage prohibé ; ou si la dot était tellement considérable, eu égard aux biens du constituant, qu'il y eût apparence qu'elle n'eût été portée à un tel excès, que dans le dessein d'éluder la Légitime par la collocation des intérêts dans l'ordre des biens du père.

Il peut même se présenter certaines espèces où, sans qu'on puisse soupçonner de fraude, on serait peut-être obligé d'assujettir de pareils intérêts à une Légitime de grace. Par exemple, un père et une mère n'ayant encore que deux enfans et 20,000 livres de biens, marient leur fille avec promesse d'une dot de 10,000 livres. Le gendre, sans laisser prescrire son action, passe vingt ans sans toucher la somme qui lui a été promise ; le père et la mère n'augmentent point leur fortune ; mais il leur naît cinq ou six autres enfans : dans ce cas, si l'on donne au gendre les 10,000 livres qui lui sont dues pour les intérêts, et 5000 livres pour la moitié du principal de la dot promise, il s'ensuivra qu'il aura seul 15,000 livres, tandis que les sept autres enfans n'auront ensemble que 5000 livres. Il est certain qu'une pareille inégalité serait monstrueuse et révoltante ; et sans doute il faudrait y apporter quelque tempérament, sans conséquence pour la thèse générale. C'est ainsi que, quand, après la mort de la mère, les arrérages de son douaire préfix absorbent tout le bien du père, les créanciers de sa succession ne peuvent pas empêcher que les enfans n'obtiennent quelque chose pour le fonds de leur douaire.

X. On demande si la déclaration de *franc et quitte*, faite dans le contrat de mariage d'un enfant, nuit à la Légitime des autres enfans. Voici l'espèce de cette question. — Un père marie son fils, et déclare tous ses biens francs et quittes. Cette clause donne incontestablement à la bru le droit de se pourvoir contre le père, pour lui faire supporter toutes les dettes hypothécaires dont son mari était chargé avant le contrat de mariage. Mais si l'action de la bru portait atteinte à la Légitime des autres enfans, ceux-ci pourraient-ils en faire réduire

Source : BIU Cujas

l'effet? — Non, parceque si le cautionnement renfermé dans la déclaration dont il s'agit, est une libéralité par rapport au fils, c'est un titre onéreux à l'égard de la bru. Si le père avait cautionné son fils envers un étranger, les autres enfans ne seraient certainement pas fondés à prétendre la préférence de leur Légitime sur la dette du créancier: pourquoi donc auraient-ils plus de droit dans le cas d'un cautionnement envers leur belle-sœur? Une clause de cette nature, dit Lebrun, « n'est point une donation en vertu de laquelle l'enfant marié et déclaré franc et quitte, puisse agir pour obliger le père ou la mère de payer ses dettes; mais c'est une garantie telle que quand, dans un contrat de vente ou de constitution de rente, on garantit le vendeur franc et quitte; ainsi la clause ne regarde que l'intérêt du conjoint ».

XI. Voici une question assez analogue à celle que nous venons de discuter, et qui peut se présenter fort souvent dans les pays de droit écrit; c'est de savoir si un père ayant donné ses biens à son fils aîné par contrat de mariage, et ayant avec lui donné quittance d'une partie de la dot, on doit préférer, dans la distribution des biens, la bru pour la répétition de sa dot, ou les enfans légitimaires pour le retranchement?

« On peut (dit Rousilhe), opposer en faveur de la bru, que son beau-père ayant reçu sa dot lors du contrat de mariage, et l'ayant reconnue sur ses biens, elle a une hypothèque de ce jour-là sur tous ses biens, et conséquemment qu'elle doit être préférée aux Légitimes des enfans, attendu que, de droit commun, les Légitimes ne sont allouées qu'après tous les créanciers du père. — On peut au contraire dire pour les enfans, que leur droit de Légitime est acquis sur les biens donnés, du jour de la donation; que quand la bru pourrait avoir un droit sur les biens de son beau-père, cette hypothèque ne pourrait pas mériter une préférence sur les Légitimes, puisque leurs droits naîtraient en ce cas du même acte; car les enfans en ont un en ce cas qui est ouvert du jour de la donation; que d'ailleurs, quoique le père soit présent au contrat, qu'il reconnaisse la dot, il ne garde pas cependant l'argent; c'est le fils qui le prend et qui en profite; et si cela avait lieu, il s'ensuivrait qu'un père pourrait frauder ses enfans de leur Légitime, en reconnaissant des dots et les laissant aux enfans ».

Rousilhe ne raisonne pas ici d'une manière fort conséquente. Il est certain qu'un père qui donne quittance de la dot fournie par sa bru au fils qu'il a sous sa puissance, s'en rend responsable, comme s'il cautionnait expressément son fils. La loi 10, C. *soluto matrimonio*, et la loi 7, §. 15, D. du même titre, ne laissent aucun doute sur cette vérité. Ainsi, dans notre espèce, la bru a, par rapport à son beau-père, tous les attributs d'une créancière véritable, et par conséquent elle doit précéder les légitimaires. Qu'importe que les enfans aient hypothèque sur les biens donnés à leur frère, du jour de la donation? Tout ce qui résulte de là, c'est qu'ils doivent être préférés sur ces biens aux créanciers de leur frère, mais point à ceux de leur père; car la Légitime ne peut jamais être mise en ordre qu'après les dettes proprement dites de celui qui la doit. Qu'importe aussi que le père ne profite de rien en reconnaissant la dot, et qu'il puisse par cette voie frauder la Légitime de ses enfans? Un père qui cautionne un étranger, ne tire aucun profit de son obligation, et il peut en résulter une atteinte considérable à la Légitime de ses enfans: cependant on ne s'est jamais avisé de mettre ceux-ci en ordre avant le créancier envers lequel le père s'est rendu caution.

XII. La dot de religion est-elle sujette au retranchement de la Légitime? Lebrun, Boniface, Ferrière, Furgole et Roussilhe tiennent la négative, sur le fondement que cette dot est donnée au couvent à titre onéreux, c'est-à-dire, à la charge de recevoir et de nourrir le religieux pour qui elle est constituée. « Mais (dit l'additionnaire de Lebrun), la dot donnée en mariage à une fille, est sujette à la Légitime des autres enfans, quoique le mari la reçoive pour supporter les charges du mariage: pourquoi les dots des religieuses auraient-elles plus de privilèges? Pothier ne leur en croit pas davantage ».

A l'égard du titre clérical, Pothier le croit aussi sujet à la Légitime, sur-tout si l'ecclésiastique au profit duquel il est constitué, se trouve pourvu de bénéfices, ou a du bien pour fournir à sa subsistance. On trouve, à la vérité, dans le Journal des audiences un arrêt du 3 avril 1629, qui a jugé le contraire; mais le cas était particulier. Un père avait donné à son fils, lors de sa promotion aux ordres sacrés, une maison, et les terres qui en dépendaient, pour lui servir de titre clérical. Le fils étant décédé, ses créanciers appelèrent le père, son héritier, en déclaration d'hypothèque: celui-ci demanda la réduction de la donation jusqu'à la concurrence de la Légitime de ses autres enfans. Mais comme ces derniers n'étaient point en cause, qu'ils ne se plaignaient pas, et qu'il était incertain quels biens laisserait le père au moment de son décès, il a été jugé par l'arrêt cité, que les créanciers du donataire étaient fondés à exercer leur hypothèque sur toute la maison dont il s'agissait.

XIII. Il arrive quelquefois qu'on cache une donation sous les apparences d'un contrat onéreux: par exemple, un père vend à un de ses enfans, ou même à un étranger, un bien dont il n'exige pas le prix: cette vente sera-t-elle sujette à la Légitime? Il n'y a point de difficulté sur l'affirmative. La loi qui défend de faire des donations au préjudice de la Légitime des enfans, ne serait plus qu'un frein inutile, s'il était permis de soustraire une libéralité à ses dispositions, en la revêtant des couleurs d'une aliénation à titre onéreux. Aussi trouve-t-on dans le droit romain plusieurs textes qui assimilent de pareilles

Source : BIU Cujas

ventes aux donations : *Cùm in venditione quis pretium rei ponit, donationis causâ non exacturus, non videtur vendere.* (Loi 36, D. *de contrahendâ emptione.*) — *Donationis causâ factâ venditione, non pro emptore, sed pro donato res tradita usucapitur.* (Loi 6, D. *pro donato.*)

Lorsqu'un bien a été vendu à vil prix, il faut, pour savoir si la vente est sujette à la Légitime, à proportion de la plus value, distinguer le cas où le vendeur a eu l'intention de donner, d'avec celui où, ne pensant qu'à contracter, il a été trompé sur la valeur de la chose.

Dans le premier cas, le retranchement doit avoir lieu sans difficulté. Il est vrai que la loi 38, D. *de contrahendâ emptione*, veut qu'on regarde comme une vente entière et absolue, le contrat par lequel *viliore pretio res, donationis causâ, distrahitur ;* mais elle excepte de sa décision les ventes à vil prix qui se font entre personnes incapables de se donner l'une à l'autre ; et cette exception s'applique sans contredit à toutes les ventes de cette espèce qui tendraient à avantager quelqu'un au préjudice d'une prohibition légale. Voici les termes de cette loi : *Si quis donationis causâ minoris vendat, venditio valet. Toties enim dicimus in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causâ facta est. Quoties verò viliore pretio res donationis causâ distrahitur, dubium non est venditionem valere. Hoc inter cæteros ; inter virum verò et uxorem donationis causâ venditio facta pretio viliore, nullius momenti est.* — La loi 5, §. 5, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, développe la disposition contenue dans ces derniers termes : *Circa venditionem quoque Julianus quidem minoris factam venditionem nullius esse momenti ait : Neratius autem, cujus opinionem Pomponius non improbat, venditionem donationis causâ inter virum et uxorem factam nullius esse momenti, si modò cùm animum maritus vendendi non haberet, idcircò venditionem commentus sit ut donaret : enim verò si cùm animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenùs non valere.*

Dans le second cas, les légitimaires ne peuvent pas exercer leur action en retranchement sur la plus value du bien, parceque cette action n'a lieu que contre des acquéreurs à titre gratuit ; qu'on ne peut pas regarder comme donné ce que l'un des contractans a eu l'intention de vendre, et l'autre d'acheter ; et qu'enfin la lésion n'empêche pas que tout le bien ne soit censé vendu. — Il faut convenir cependant que cette décision a quelque chose de dur et d'odieux : un légitimaire est digne de la plus grande faveur, et un acheteur qui n'a pas payé la moitié du juste prix, n'en mérite aucune. Comment donc pourvoir à cet inconvénient ? — Permettre au premier d'agir contre le second en rescision de vente ou supplément de prix, si le temps fixé pour cela n'est pas encore écoulé, c'est la voie la plus simple et la plus courte. Il est vrai que pour former une pareille demande, il faut être héritier de celui qui a vendu ; mais si un légitimaire n'est point héritier, il a du moins, comme créancier de l'héritier, une action pour obliger celui-ci à poursuivre l'acheteur ou à lui céder ses droits contre ce dernier ; ou, pour mieux dire, il peut, sans cession expresse des droits de l'héritier, exercer lui-même ces droits, en vertu de la règle générale qui autorise tout créancier à intenter les actions qui appartiennent à son débiteur.

Mais comment peut-on, dans la pratique, distinguer l'un de l'autre les deux cas dont nous venons de parler ? Nous n'avons là-dessus aucune règle générale, si ce n'est de bien peser les circonstances de la vente. Dans le doute, il faut toujours présumer que le contrat a été sérieux, et que le vendeur n'a point pensé à faire à l'acheteur la remise d'une partie du prix ; c'est ce qui résulte de la maxime *nemo præsumitur velle jactare suum.*

Si cependant il s'agissait d'une vente faite par un père à son fils, il est des cas où l'on présumerait tout le contraire, et l'on y serait forcé par l'affection naturelle du premier envers le second ; affection qui fait aisément soupçonner la fraude dans les contrats qu'ils passent entre eux, lorsque les intérêts d'un tiers y sont compromis. *V. Rapport à succession.*

XIV. Lebrun propose à ce sujet une question intéressante. — Un homme achète une charge de judicature 30,000 livres ; trente ans après il la revend à un de ses enfans pour le même prix, quoiqu'elle vaille actuellement plus de 60,000 livres : on demande si l'avantage qu'il lui fait par cette vente est sujet au retranchement ? — Lebrun décide pour l'affirmative, dans le cas où la charge est le seul bien du père ; et pour la négative, dans la thèse générale. « La raison en est (dit-il) que quand la charge fait tout le bien du père, on doit considérer cet avantage comme un fief, lequel, consistant en un seul manoir, fait aussi tout le bien de la maison : or, en ce cas, on donne une Légitime contre le droit d'aînesse, suivant l'art. 17 de la coutume de Paris, comme on en doit ici donner une contre cet avantage que les arrêts ont permis aux pères de faire à un de leurs fils sur le prix de leurs charges : l'équité naturelle demande cela. Il n'est pas juste qu'une charge de 60,000 livres, qui fait tout le bien d'une maison, soit donnée à un fils pour 30,000 liv., et que par cette estimation une douzaine de frères et sœurs soient réduits à la mendicité. Aussi les arrêts, en établissant cette jurisprudence, n'ont pas entendu ôter aux autres enfans leur Légitime et leurs alimens. Mais en tout autre cas, l'avantage n'est point sujet au retranchement, et n'entre pas dans la masse des biens sur laquelle on fixe la Légitime .... Quand l'arrêt du 4 février 1614 a jugé que l'avantage que fait un père à son fils, en lui donnant la charge pour le prix qu'elle lui a coûté, n'est point sujet à rapport, il a assez préjugé qu'il n'était point sujet à la Légitime, puisque le rapport se fait à la succession, et que la Légitime est une quotité dans la succession ». — Cette raison n'est pas exacte ; on a vu plus haut qu'il n'y a point de conséquence à tirer du rapport

Source : BIU Cujas

au retranchement de la Légitime : on ne peut donc pas appliquer ici l'arrêt du 4 février 1614, au moins en le considérant dans le point de vue sous lequel Lebrun nous le présente ; mais on peut l'envisager autrement, c'est-à-dire, comme ayant jugé que le fils n'est point censé donataire de l'excédant de la valeur actuelle de l'office, sur le prix qu'en a payé le père, lorsqu'il l'a acquis pour lui-même ; et sous cet aspect, il en résulte clairement que cet excédant n'est point sujet à la Légitime, non seulement parce-qu'il n'est pas considéré comme donné, mais parce-qu'on ne lui suppose pas d'existence.

XV. Nous avons dit que les dispositions onéreuses ne sont pas sujettes à la Légitime ; et c'est ce que prouve le texte rapporté ci-dessus, où il est dit que la Légitime ne doit être prise sur une succession qu'après la déduction des dettes du défunt.

Mais doit-on, en cette matière, considérer comme disposition à titre onéreux, une donation en avancement d'hoirie que fait un père à l'un de ses enfans, à la charge de payer ses dettes ?

Cette question s'est présentée depuis peu au parlement de Flandre. Voici le fait :

En 1750, le marquis d'Heuchin, qui avait neuf enfans, maria le marquis de Croix, son fils aîné, avec la comtesse de Groesbeck. Par le contrat de mariage, il l'institua son héritier universel, à la charge de payer toutes les dettes qui se trouveraient à sa mort, et sous la réserve d'une somme de 150,000 livres, dont il pourrait disposer, soit entre ses enfans puînés, soit autrement.—Le 15 juin 1760, le marquis d'Heuchin reconnut par un acte authentique, que son fils aîné avait remboursé à son acquit vingt-un contrats, portant ensemble 147,400 florins, argent de Lille, et cinq obligations, montant à 14,638 florins. Il déclara, en outre, qu'il lui devait 32,000 florins pour dix années de la pension qu'il lui avait assignée par son contrat de mariage. — Le 25 décembre 1762, le marquis de Croix perdit sa femme, qui lui laissa cinq enfans. L'aïeul maternel de ceux-ci demanda, en leur nom, le remplacement des deniers dotaux de sa fille, que le marquis de Croix avait employés aux remboursemens dont il vient d'être parlé. — Le marquis de Croix a prétendu que, pressé par cette demande, le marquis d'Heuchin avait pris la résolution de vendre la terre d'Hallennes-sur-les-Marais, aux enfans du marquis de Croix même, pour leur tenir lieu du remplacement qui leur était dû. « On s'assembla (a-t-il ajouté) pour en passer le contrat, et on allait signer, lorsqu'un avocat, conseil du marquis d'Heuchin, lui demanda s'il avait de quoi satisfaire aux droits seigneuriaux auxquels la vente allait donner ouverture. Ce seigneur (continuait le marquis de Croix), peu instruit dans les affaires, ne put se persuader qu'un acte entre le père et le fils fût capable d'engendrer des droits de mutation. Mais quand on lui eut assuré que rien n'était plus certain, il refusa de signer, en disant qu'à son âge ce serait une folie de charger sa succession d'un droit de lods et vente considérable en pure perte ; que, menacé d'une fin prochaine, il ne s'agissait que d'attendre un moment pour l'éviter. Alors on proposa au marquis de Croix de recevoir cette terre en avancement d'hoirie, et de la faire passer ensuite à ses enfans à titre de *mort-gage* (*V. Mort-gage*), pour se libérer de ce qu'il leur devait. Le marquis de Croix craignit d'abord que ce détour ne lui portât quelque préjudice par la suite. Mais sur les assurances qu'on lui donna, qu'il ne courait aucun risque, parceque la décharge qu'il donnerait à son père prouverait toujours que cette terre lui était passée à titre de vente, et non de donation, il y consentit, et l'acte en fut dressé et signé ». — C'est ainsi que le marquis de Croix présentait les causes d'un acte du 5 juillet 1763, par lequel le marquis d'Heuchin avait déclaré donner à son fils aîné en avancement d'hoirie, sa terre et seigneurie d'Hallennes-sur-les-marais. — Onze mois et demi après, le 20 juin 1764, le marquis de Croix signa un acte par lequel « il a déclaré et déclare de bonne foi qu'au moyen *de la donation* que messire Alexandre-Maximilien-François de Croix, son père, lui a faite de la terre et seigneurie d'Hallennes-sur-les-Marais, pour en jouir, du premier janvier 1763, *en avancement d'hoirie, ampliation de dot, et des avantages qu'il lui a faits*...., il quitte et décharge entièrement ledit seigneur son père des sommes principales et accessoires qu'il lui doit en vertu de l'acte du 15 juin 1760 ». — Le même jour, autre acte par lequel le marquis de Croix, pour se libérer envers ses enfans des deniers dotaux de feu leur mère, leur abandonne, à titre de mort-gage, la terre et seigneurie d'Hallennes-sur-les-Marais, *telle qu'elle lui a été donnée* par le marquis d'Heuchin. — Le marquis d'Heuchin termine sa carrière le 2 février 1776. — Le chevalier de Croix, l'un des fils puînés, demande sa Légitime. Question de savoir si elle doit être prise sur la terre d'Hallennes-sur-les-Marais.—Entre autres argumens pour établir la négative, le marquis de Croix disait : Cette terre ne m'a pas été donnée, mais vendue à prix d'argent. — Il est vrai (ajoutait-il) que les termes de l'acte du 15 juin 1763, et des deux actes du 20 juin 1764, me condamnent ; mais le fait et l'intention des parties désavouent ce que les termes annoncent. —Enfin (continuait-il), pourquoi aurais-je déchargé mon père de ce dont il s'était reconnu redevable envers moi, si ce n'eût été pour m'acquitter envers lui du prix de la terre d'Hallennes. — « Il n'y a rien d'extraordinaire (répondait le chevalier de Croix), qu'un fils, héritier contractuel, institué à la charge de payer les dettes de la succession, et à qui son père a abandonné, en avancement d'hoirie, une portion considérable de sa fortune, il n'y a rien d'extraordinaire que ce fils paye par anticipation les dettes de son père, et en décharge son bienfaiteur ; il n'y a donc pas lieu de créer une vente imaginaire, ni de supposer, contre la teneur des actes et l'intention des parties, qu'en donnant en avancement d'hoirie, le père ait voulu vendre ; et qu'en déchargeant son père des dettes acquises, le fils ait voulu payer le prix de la vente. Si l'on ajoute que l'acte de décharge, en date du 20 juin 1764, est postérieur de près d'un an à la

Source : BIU Cujas

donation en avancement d'hoirie, datée du 5 juin 1763, on concevra encore moins comment le premier de ces actes aurait imprimé au second un caractère de vente contraire à sa nature. On a beau dire que le jour de la donation en avancement d'hoirie, il a été convenu que le fils donnerait à son père l'acte de décharge : la circonstance ne serait pas fort importante ; mais comme il était aisé de signer l'acte de décharge le 5 juillet 1763, de même que la donation en avancement d'hoirie, si dès-lors les parties en étaient convenues, on ne peut s'empêcher d'observer que les apparences ne rendent pas la supposition vraisemblable. Le marquis de Croix étant chargé par l'institution contractuelle, de payer les dettes paternelles, il était indifférent qu'il les payât ou plus tôt ou plus tard. Dès-lors, il était indifférent aussi qu'il en donnât ou n'en donnât pas un acte de décharge ; et au contraire, en faisant cesser plus tôt les intérêts et les arrérages des deniers empruntés par contrats de rente ou obligations, le marquis de Croix libérait et améliorait une succession à laquelle il avait le principal intérêt. Veut-on dire qu'après avoir reçu la terre d'Hallennes en avancement d'hoirie, le marquis de Croix en aurait dû toucher les fruits d'une main, et charger de l'autre la succession paternelle des intérêts et arrérages des sommes et rentes qu'il avait remboursées ? — Si c'est là le préjudice prétendu, si c'est là que se termine l'objection du marquis de Croix, on nous dispensera d'y faire une plus longue réponse ». Sur ces raisons, sentence est intervenue à la gouvernance de Lille, qui a décidé que la terre d'Hallennes devait être rapportée à la succession du père commun, et que le chevalier de Croix était fondé à exercer sur cette terre ses droits légitimaires. — Le marquis de Croix a appelé de cette sentence ; mais elle a été confirmée par arrêt rendu le premier juillet 1780, au rapport de M. de Francqueville d'Inielle.

XVI. Remarquez, au surplus, que la jurisprudence qui exempte de la contribution à la Légitime, les biens dont le défunt a disposé à titre onéreux, n'a pas lieu en Normandie. L'art. 399 de la coutume de cette province déclare que *la propriété du tiers de l'immeuble* destiné pour la Légitime des enfans, leur *est acquis du jour des épousailles*, *sans* que le père *le puisse vendre, engager ni hypothéquer*. Ainsi, le tiers coutumier, en Normandie, se prend sur les biens aliénés à titre onéreux, de même que sur ceux dont le défunt a disposé à titre gratuit ; et les uns comme les autres ne sont sujets à cette Légitime, que lorsqu'ils se sont trouvés dans le patrimoine du père au temps de son mariage.

La coutume ne parle que des *immeubles*, et par conséquent elle ne donne point de Légitime aux enfans sur les meubles de leur père.

Les rentes étant réputées immobilières, sont certainement comprises dans les biens que cette loi soumet à la Légitime ; mais le remboursement qui s'en fait entre les mains du père, décharge-t-il le débiteur envers les enfans légitimaires ?

La raison de douter qu'en donne Basnage, est très spécieuse : « Les rentes sont un immeuble, et par conséquent affectées au tiers des enfans : or, ce tiers étant inaliénable, il s'ensuivrait que le débiteur ne pouvait racheter seulement ce tiers au préjudice de la femme ou des enfans ; de sorte que quand un créancier devenait père ou mari, quelque faculté que le débiteur eût auparavant pour se libérer, il ne l'avait plus qu'en prenant ses précautions et cherchant sa sûreté ; et quoique cela parût contre la nature des rentes constituées, il était juste d'introduire cette maxime contre le droit commun en faveur des enfans ». — On pouvait ajouter à cette raison l'autorité des chartes générales du Hainaut et de la coutume du chef-lieu de Mons, suivant lesquelles le débiteur d'une rente appartenant à un homme incapable d'aliéner, ne peut se libérer que par la consignation de ses deniers entre les mains des juges domiciliaires de son créancier. *V. Mayeur.*

Néanmoins, dit Basnage, « on a fait prévaloir en Normandie la faveur de la libération, par cette raison que les rentes constituées n'étant Légitimes qu'à cette condition que le rachat en soit perpétuellement libre au débiteur, il ne pouvait perdre cette faculté par le mariage du créancier, et qu'il n'était pas raisonnable de lui imposer cette sujétion de stipuler ou de chercher un remploi de ses deniers ; et après plusieurs arrêts qui l'avaient jugé de la sorte, la cour en a fait un règlement, non seulement pour les rentes constituées à prix d'argent, mais aussi pour les rentes foncières et seigneuriales ». — Voici en effet ce que porte l'art. 76 des placités de 1666 : *Celui qui a fait le rachat d'une rente constituée par argent, foncière ou seigneuriale, ne peut être poursuivi par le créancier de celui auquel elle était due, ni inquiété pour le douaire de sa femme, ou le tiers de ses enfans*, s'il n'y a eu saisie ou défenses de payer avant ledit rachat ; *et néanmoins la femme et les enfans en auront récompense sur les autres biens affectés audit douaire et tiers desdits enfans.* — « Et par ce moyen, ajoute Basnage, les enfans n'en reçoivent du préjudice que quand tout le bien de leur père consistait en des rentes qui ont été rachetées ».

On a mis en question si les enfans pouvaient prétendre leur tiers coutumier sur des biens que leur père avait vendus pour rembourser des rentes dont il était chargé avant son mariage. — La négative a été prononcée par deux arrêts du parlement de Rouen, des 4 mai 1682 et 19 mars 1685 ; et elle résulte assez clairement de l'art. 396 de la coutume, portant que, « si le mari a vendu de son propre pour faire ledit racquit, la femme prenant douaire sur les héritages déchargés, ne pourra le prétendre sur ledit héritage vendu ».

XVII. Voyons maintenant dans quel ordre les biens sujets à la Légitime doivent y contribuer. Il y a à cet égard trois classes de discussions : les

Source : BIU Cujas

biens que le défunt a laissés en mourant sans en avoir disposé valablement, forment la première; la seconde est composée de ceux qu'il a légués par son testament; et la troisième, de ceux dont il a disposé entre-vifs.

Les légitimaires ne peuvent intervertir cet ordre de discussion; il faut qu'ils épuisent toute la première classe avant de toucher à la seconde, et celle-ci avant de passer à la troisième. C'est ce qu'insinuent clairement ces termes de l'ordonnance de 1731, art. 34 : *Si les biens que le donateur aura laissés en mourant sans en avoir disposé, ou sans l'avoir fait autrement que par des dispositions de dernière volonté, ne suffisent pas pour fournir la Légitime des enfans...., ladite Légitime sera prise sur les donations.* — C'est la raison elle-même qui a tracé cet ordre : d'un côté, lorsque les biens dont le défunt n'a disposé en aucune manière, suffisent pour remplir la Légitime, il est certain que le défunt n'a pas excédé son pouvoir; ses dispositions doivent donc avoir leur entier effet. D'un autre côté, si ces biens ne suffisent pas, les légataires doivent contribuer avant les donataires entre-vifs, parceque ceux-ci avaient un droit acquis du vivant du testateur, au lieu que ceux-là ne l'ont eu qu'à sa mort: *qui prior tempore, potior jure.*

Il y a sur chaque degré de discussion, quelques difficultés qu'il faut examiner.

XVIII. On demande à l'égard du premier, si, lorsque l'héritier a aliéné des biens qu'il a trouvés dans la succession, le légitimaire est obligé de le discuter avant de se pourvoir contre le tiers acquéreur.

Lebrun soutient la négative, « parceque le légitimaire a un droit réel sur l'héritage qui lui appartient par partie, la Légitime étant *quota hereditatis*, et la part se faisant au légitimaire par voie de partage et par jet de lots, ni plus ni moins à proportion, que s'il était héritier ».

Mais la Légitime n'est point une quote de l'hérédité, comme l'avance Lebrun; c'est une quote des biens; elle ne saisit point; et quoiqu'on puisse en former la demande contre un tiers possesseur, l'action qu'on intente à ce sujet, ne laisse pas d'être personnelle dans son origine; aussi l'appelle-t-on communément *condictio ex lege personalis in rem scripta.* D'après cela, on ne doit pas trouver surprenant que deux arrêts aient rejeté l'opinion de Lebrun. — « Marcelin Gardon, de Monistrol en Velay, ayant plusieurs enfans, fait son héritier universel l'un d'eux. Autre desdits enfans, nourri aux champs, et revenu, trouve son père mort, et son frère héritier, dissipateur de biens, qui avait presque tout vendu. Il le fait appeler et aussi les acheteurs des biens héréditaires, afin d'avoir sa Légitime..... Il a jugement, par lequel sa Légitime lui est adjugée en corps héréditaires. Quand il veut exécuter son jugement, il s'adresse autant aux tiers acheteurs comme à l'héritier. L'un desdits acheteurs, nommé Claude Torton, s'oppose; il est débouté et n'est ouï; il appelle : par arrêt de Tholose, du 16e jour de mars 1555, l'appellation mise au néant, est dit que l'exécution sera commencée et continuée sur les biens tenus par l'héritier, et à faute d'iceux, et au cas qu'ils ne suffiraient, serait ladite exécution faite sur les biens aliénés par l'héritier après le décès du père, et sans dépens ». (*Papon*, liv. 20, tit. 7, n. 8.) — Un arrêt du parlement d'Aix, du 16 février 1583, porte « que ladite Légitime est liquidée en faveur d'Etienne Bonnet, petit-fils de Jean Michel, son aïeul maternel, avec les fruits, à 3144 florins, pour laquelle somme, ensemble pour les dépens faits, tant en la liquidation qu'en l'adjudication de ladite Légitime, ledit Bonnet se colloquera sur les biens possédés par l'héritier, et s'ils ne suffisent pas au paiement, il se colloquera pour le surplus sur les biens dudit Jean, aliénés par son héritier, et possédés par les tiers acquéreurs ». (*Duperrier*, tome 2, page 323 de l'édition de 1759.)

On ne peut rien de plus précis que ces arrêts; et la décision en est encore fortifiée par les suffrages de Barry, de Maynard, de Furgole, et de l'annotateur de Duperrier.

Cependant, tout bien considéré, c'est à l'opinion de Lebrun qu'il faut se tenir; le président Favre l'adopte expressément, et Roussilhe la met dans le plus grand jour : « Le légitimaire (dit-il), ayant un droit sur tous les biens, on ne peut pas le forcer à se contenter de ce qui reste, quoique cela suffise pour remplir sa Légitime. Il peut se faire, comme cela arrive ordinairement, que ce soit ce qu'il y a de plus mauvais : ainsi, il ne peut être obligé de s'en contenter, il a droit d'en faire faire le partage, et jeter les lots au sort, sans être tenu d'aucune discussion, mais simplement d'appeler les acquéreurs pour assister au partage : et si les biens vendus, ou partie d'iceux, lui échoient, en ce cas, je pense qu'ils doivent lui appartenir, nonobstant la vente ».

XIX. Lorsque le légitimaire est obligé de s'adresser à la seconde classe de discussion, c'est-à-dire, aux biens dont le défunt a disposé par son testament, il faut qu'il se pourvoie contre l'héritier institué ou légataire universel, avant de pouvoir inquiéter les légataires particuliers. Ricard, Lebrun, Duplessis, Lemaître, Bourjon, et une foule d'autres auteurs le pensent ainsi; et la raison sur laquelle leur sentiment est fondé, paraît sans réplique : c'est, dit Lebrun, « qu'il n'appartient à l'héritier ou légataire universel que le résidu des biens, toutes dettes et toutes charges déduites; ce qui a son fondement dans la présomption de la volonté du défunt, qui, ayant fait des legs particuliers et une institution d'héritier ou un legs universel, est réputé avoir voulu que les légataires particuliers fussent payés indistinctement de leurs legs, et que s'il laissait des dettes et des charges,

Source : BIU Cujas

elles fussent acquittées par son héritier ou son légataire universel, parcequ'il n'y a point de biens dans l'institution, que ce qui reste après les dettes déduites ».

On pourrait opposer les lois 2 et 7, D. *ad Trebellianum*, et la loi 2, C. *ad legem falcidiam*, suivant lesquelles les légataires et fidéicommissaires particuliers contribuent à la quarte trébellianique, conjointement avec le fidéicommissaire universel. — Mais cette disposition est fondée sur une raison particulière : la distraction de la quarte trébellianique a été introduite pour faire subsister le testament, c'est-à-dire, pour engager l'héritier institué à accepter la succession, et par ce moyen donner effet aux legs et fidéicommis : ainsi, les légataires et fidéicommissaires particuliers profitent aussi bien de cette distraction que les fidéicommissaires universels, et par conséquent il est juste que les uns y contribuent avec les autres. — On ne peut certainement pas en dire autant de la Légitime; il est évident au contraire qu'elle forme une dette de succession ; et cela seul suffit pour obliger celui à qui elle est due, d'en demander le paiement à l'héritier ou au légataire universel, avant de toucher aux dispositions particulières du défunt.

XX. Quand le légitimaire a épuisé le legs universel, chacun des légataires particuliers doit contribuer, à proportion de son legs, pour former la Légitime. Voyez ce que nous avons dit sur cette contribution, à l'article *Légataire*, §. 7; et observez qu'elle n'a point lieu dans le cas où le testateur a grevé la Légitime d'un usufruit, d'une substitution ou d'une condition : alors on commence par annuller ces dispositions jusqu'à concurrence du préjudice qu'elles portent à la portion légitimaire ; et si cette portion ainsi dégagée des charges contraires à sa nature, ne se trouve pas encore remplie, on entame les autres legs pour la compléter. « Tel est (dit Bourjon), l'usage du châtelet, fondé sur ce qu'en ce cas, c'est un prélèvement à faire sur cette portion qui n'a pu passer au légataire d'icelle qu'avec cette charge que la loi municipale y avait imprimée ».

XXI. La principale difficulté qu'il y ait sur le troisième degré de discussion, est de savoir si tous les donataires entre-vifs doivent contribuer à proportion de ce qu'ils ont reçu du défunt, ou si le légitimaire est obligé d'épuiser les dernières donations, avant de donner atteinte aux premières.

Le premier parti est soutenu par Accurse le fils, Dumoulin, le président Favre, Perèz, Charondas ; et il a été adopté par deux arrêts du parlement de Paris, des 3 décembre 1642 et 14 mars 1675, rapportés au Journal du palais. Nous lisons même dans ce recueil, tome 4, page 683, que « depuis ces arrêts, il y en a eu un autre du 22 janvier 1683, qui a jugé de même, entre les nommés Guyon, Sauvage et Debène ; et un autre du 2 septembre 1686, entre les nommés Dubuisson, de Lyon, confirmatif de la sentence du sénéchal de Lyon, au rapport de M. Chassepot de Beaumont, en la deuxième des enquêtes ». — Le président d'Hermanville en rapporte un semblable, rendu au parlement de Flandre, le 7 avril 1690.

L'autre opinion a pour partisans, Accurse, Barthole, Paul de Castres, Jean Faber, d'Argentrée, Chopin, Ricard, Auzanet, Lebrun, de la Champagne; et elle a été suivie par le plus grand nombre des arrêts rendus sur cette matière. — La Rocheflavin et Cambolas en rapportent deux rendus au parlement de Toulouse, les 13 septembre 1543 et 31 janvier 1603. — Nous en trouvons trois autres du parlement de Bordeaux, des 1er juillet 1656, 23 mars 1661 et 4 juillet 1688, rapportés dans les décisions de La Peyrère ; un du parlement de Grenoble, du 11 avril 1639, dans Despeisses ; deux du parlement d'Aix, des 30 juin 1614 et 9 juin 1636, dans le Commentaire de Mourgues, sur les statuts de Provence. — Le parlement de Paris en a rendu six semblables. Le premier est du 7 septembre 1675, c'est Ricard qui le rapporte. Le second est du 9 mars 1688, on le trouve au Journal du palais. Le troisième, du 5 février 1695, le quatrième, du 16 juin 1697, et le cinquième, du 7 septembre 1705, sont rapportés au Journal des audiences. Le sixième, du 30 juillet 1709, nous a été conservé par Brillon : « J'ai vu (dit cet auteur), dans les notes manuscrites de M. Secousse, avocat, un arrêt conforme à celui du 16 juin 1697, rendu au rapport de M. l'abbé Pucelle, conseiller en la grand'chambre, le 30 juillet 1709, entre la comtesse de Brèves et le marquis de Joue ». C'est cet arrêt qui a jugé la cause appointée au conseil par un précédent arrêt du 26 avril 1706, que l'on trouve dans le Journal des audiences.

Nous ne devons pas laisser ignorer les motifs de cette jurisprudence; voici comme les exposait M. l'avocat général Joly de Fleury, lors de l'arrêt que nous venons de citer : — « Si l'on examine la question dans les véritables règles, il y a un premier principe certain ; les donations sont irrévocables de leur nature : anciennement même elles ne pouvaient être retranchées pour la Légitime ; mais depuis on a établi des constitutions pour les attaquer par l'inofficiosité ; on ne le peut que lorsqu'elles sont inofficieuses ; et il n'y a certainement que la dernière qui soit telle, puisque, si elle n'avait point été faite, il n'y aurait point eu d'inofficiosité. — Un second principe est que si on autorisait la contribution, il dépendrait d'un père de détruire les avantages faits au premier donataire par la première donation, en faisant d'autres donations immenses : ainsi, le parti de la discussion paraît le plus conforme aux règles. — On fait cependant trois objections ; la première est que la contribution rétablit l'égalité entre les enfans donataires : mais, 1° nous ne sommes pas dans l'espèce des coutumes d'égalité ; 2° cela prouverait que les pères ne pourraient avantager aucun de leurs enfans ; ils le peuvent cependant,

Source : BIU Cujas

pourvu que la Légitime soit réservée. — La seconde objection est que tout avantage est avancement d'hoirie. Cela est vrai, si l'enfant dans la suite ne renonce à la succession; mais s'il renonce, cela est faux; et c'est ce qui a fait que Me Charles Dumoulin a été du sentiment de la contribution dans le temps de l'ancienne coutume, où on ne pouvait se tenir à son don, en renonçant à la succession; usage qui a été aboli par la nouvelle coutume, et qui détruit par conséquent la raison sur laquelle se fonde Dumoulin. — La troisième objection, tirée de l'art. 307 de la coutume de Paris, ne décide ni pour la contribution ni pour la discussion; ainsi, la question reste entière ».

A ces raisons se réunit l'autorité de trois coutumes qui embrassent nettement le parti de la discussion; ce sont celles d'Anjou, du Maine et de Normandie. — Voici ce que porte la première, art. 235 : « Qui donne plus qu'il ne peut à diverses personnes par un contrat ou plusieurs, le don sera rescindé sur chacun des donataires, selon la grandeur du don; si ainsi est que des dons soient faits à iceux donataires pour en jouir après le décès du donateur, et non plus tôt. Mais si d'aucuns des dons le donateur se dépouille et en saisit les donataires de son vivant, et depuis fait d'autres, ceux qui seront ensaisinés des premiers dons qui n'excèdent point, jouiront de tous iceux dons ». — La première partie de cet article est relative aux donations à cause de mort, et la seconde aux donations entre-vifs : la coutume ordonne la contribution entre celles-là, parceque les libéralités de cette espèce ne sont point susceptibles de priorité ni de postériorité; et elle établit la discussion à l'égard de celles-ci, parcequ'elles ont chacune leur date et leur perfection du jour qu'elles ont été passées. — La coutume du Maine, art. 347, contient absolument la même disposition que celle d'Anjou. — Quant à celle de Normandie, voici les termes dont elle se sert, art. 403 : « Et où le père aurait fait telle aliénation de ses biens que ledit tiers ne pourrait se prendre en essence, ses enfans pourront révoquer les dernières aliénations jusqu'à la concurrence dudit tiers ».

Le parti de la discussion a donc en sa faveur l'opinion des jurisconsultes les plus éclairés, la décision des arrêts les plus solennels, la lumière des principes et la disposition des coutumes. Il ne manquait à des autorités aussi respectables que la sanction du législateur, et il la leur a imprimée par l'ordonnance de 1731. L'art. 34 de cette loi porte que « si les biens que le donateur aura laissés en mourant sans en avoir disposé, ou sans l'avoir fait autrement que par des dispositions de dernière volonté, ne suffisent pas pour fournir la Légitime des enfans, eu égard à la totalité des biens compris dans les donations entre-vifs par lui faites, et ceux qui n'y sont pas renfermés, ladite Légitime sera prise premièrement sur la dernière donation, et subsidiairement sur les autres, en remontant des dernières aux premières ».

Il y a une exception à cette règle pour les enfans donataires. Ricard l'a établie, et l'ordonnance l'a consacrée : « Et en cas (ajoute l'article cité), qu'un ou plusieurs des donataires soient du nombre des enfans du donateur qui auraient eu droit de demander leur Légitime, sans la donation qui leur a été faite, ils retiendront les biens à eux donnés, jusqu'à concurrence de la valeur de leur Légitime, et ils ne seront tenus de la Légitime des autres que pour l'excédant ». — Cette exception est extrêmement équitable, dit Sallé, puisque le père, bien loin d'excéder les bornes de son pouvoir en donnant à un ou plusieurs de ses enfans jusqu'à concurrence de leur Légitime, n'a fait au contraire que s'acquitter à leur égard, de son vivant, d'une dette dont il était tenu envers eux après sa mort.

XXII. Mais que faudrait-il décider dans le cas où le dernier donataire serait insolvable? Son insolvabilité donnerait-elle au légitimaire le droit de demander toute sa Légitime aux donataires antérieurs qui se trouveraient en état de la fournir? Par exemple, un père chargé de trois enfans, en marie deux, et leur donne à chacun 6000 livres; ses affaires viennent à décliner, et il finit par ne laisser que ce qu'il faut de biens pour payer ses dettes. Son troisième fils, qui est par-là réduit à sa Légitime, en forme la demande contre celui de ses frères qui a été marié le dernier; mais il le trouve absolument insolvable : peut-il alors se pourvoir contre le premier marié?

Il y a là-dessus quatre opinions différentes.

La première est celle de Lemaître, qui soutient la négative. « Cette décision (dit-il), peut être contestée, et il paraît rude de laisser un enfant sans Légitime, pendant que des premiers donataires jouissent de biens considérables : mais puisque c'est le dernier donataire qui est débiteur de la Légitime, puisque c'est lui qui en avait le fonds entre les mains, c'est un malheur pour le légitimaire que ce fonds ait été dissipé : mais les premiers donataires ne peuvent pas être garans de cette dissipation; leur obligation n'était autre que de contribuer à la Légitime, en cas qu'il n'y eût pas de quoi la fournir sur les autres biens dans le temps que les derniers donataires les ont reçus; hors ce cas, le don leur est acquis incommutablement ».

La seconde opinion, adoptée par Lebrun, est que le légitimaire, trouvant le dernier donataire insolvable, peut remonter purement et simplement au premier : cela paraît conforme à l'ordre de discussion établi ci-dessus, « d'autant plus (dit Lebrun, que quand la coutume donne une Légitime qui tient lieu d'alimens au légitimaire, elle entend la donner avec effet ».

La troisième opinion est celle de Pothier. Suivant lui, « lorsque le donataire postérieur contre qui l'on doit se pourvoir pour la Légitime, est insolvable, on peut, à la vérité, s'adresser aux donataires qui le précèdent; mais dans la masse des biens pour la fixation de la Légitime, on ne doit pas com-

Source : BIU Cujas

prendre la donation qui lui a été faite, sauf à la lui faire rapporter, s'il devenait solvable par la suite : ce tempérament tend à compenser le désavantage du donataire antérieur à l'insolvable, et l'équité en est sensible : le dernier donataire ayant dissipé les biens qu'il a reçus du défunt, ces biens doivent être considérés, par rapport à la Légitime, comme si le défunt les avait dissipés lui-même ».

La quatrième opinion est que le légitimaire peut bien agir contre le donataire qui précède l'insolvable ; mais qu'il porte sa part de l'insolvabilité du dernier donataire, comme le ferait un demi-héritier, s'il s'agissait de faire entre plusieurs cohéritiers le régalement d'une dette passive.

De toutes ces opinions, il paraît que la seconde doit être préférée. En effet, il n'est pas juste que la Légitime d'un enfant soit altérée par le fait d'un donataire, tandis qu'il en reste un autre auquel on peut s'adresser pour cet objet : rien n'est plus sacré, dans l'ordre des successions, que la portion d'un légitimaire ; et, dans le doute, le meilleur avis est celui qui la favorise.

D'ailleurs, chacune des trois autres opinions a des défauts essentiels.

La première est d'une injustice révoltante : serait-il possible que, tandis qu'il y a des biens du père qui ont passé à titre gratuit dans les mains de quelqu'un, et sur-tout d'un enfant à qui la nature a égalé ses frères, il se trouvât un de ces derniers qui, sans être déshérité, fût privé de toute sa Légitime ?

La troisième opinion est très irrégulière, non seulement parceque c'est une maxime constante et fondée sur l'art. 34 de l'ordonnance de 1731, que tous les biens dont le défunt a disposé à titre gratuit, entrent dans la masse, mais encore parcequ'il n'y a aucun prétexte pour en distraire les donations dissipées. En effet, pourquoi un bien donné entre-t-il dans la masse ? C'est parceque le père ne devait pas répandre ses libéralités, soit sur des étrangers, soit sur quelques uns de ses enfans, sans s'occuper des autres : or, cette raison n'a pas moins de force dans le cas où le dernier donataire est insolvable, que dans celui où il est solvable : dans un cas comme dans l'autre, il est toujours vrai de dire que le père a eu tort de prodiguer ses biens en donations superflues, pendant qu'il ne laissait pas de Légitime à quelques uns de ses enfans.

La quatrième opinion n'est pas plus soutenable : les fictions que nécessiterait son admission, sont trop extraordinaires, pour qu'il soit possible de les adopter. — D'abord, il faudrait considérer le donataire qui renonce, comme un héritier ; et cette idée est, pour ainsi dire, monstrueuse : une fiction peut bien aider la vérité, mais elle ne doit jamais la détruire, *ne imagine veritas adumbretur*, dit le grand Papinien dans la loi 23, D. *de liberis et posthumis*. — En second lieu, il faudrait supposer au légitimaire la qualité d'héritier ; et nous avons fait voir ci-dessus, sect. 2, que cela est contraire aux vrais principes. — Enfin, il faudrait regarder comme cohéritiers deux personnes, dont l'une exerce contre l'autre une action révocatoire ; ce qu'elle ne pourrait certainement pas faire, si elle était héritière du défunt, puisqu'en cette qualité, elle serait tenue d'entretenir ses dispositions, au moins jusqu'à la concurrence de sa part.

C'est donc à la seconde opinion qu'il faut se tenir ; elle est plus juste, plus équitable, plus conforme au vœu de la nature que les trois autres : de pareils titres de préférence ne sont pas équivoques.

Ce que nous disons du cas où le dernier donataire est devenu insolvable, n'a lieu que quand il a absolument consommé les biens qui lui ont été donnés ; car si ces biens existaient encore entre les mains d'un tiers acquéreur, le légitimaire serait obligé de les épuiser avant de pouvoir agir contre le donataire antérieur.

XXIII. Il s'élève quelquefois des doutes sur la priorité ou postériorité de plusieurs donations entre elles.

La règle est, à cet égard, très simple : c'est que chaque donation doit être mise en rang suivant le temps où elle a été revêtue de toutes les formes qui constituent son essence, c'est-à-dire, où elle a été passée devant notaires, acceptée, et, dans quelques coutumes, suivie de dessaisissement. — Il n'importe d'ailleurs à quelle époque elle a été insinuée : l'insinuation peut être faite jusqu'au dernier moment de la vie du donateur, et même quelquefois après sa mort, sans que la donation en soit moins parfaite que si cette formalité avait été remplie au temps de la confection de l'acte. Aussi a-t-il été jugé par un arrêt du parlement de Toulouse, du 31 janvier 1603, qu'une donation postérieure en date, quoiqu'insinuée la première, devait être épuisée pour le fournissement de la Légitime, avant qu'une autre donation pût être entamée. Cet arrêt est rapporté par Cambolas, liv. 3, ch. 30.

On a demandé si le contrôle pouvait être de quelque effet dans la coutume de Normandie, pour déterminer la priorité ou postériorité de plusieurs acquisitions. La raison de douter, était que le contrôle emporte hypothèque dans cette province ; et, sur ce fondement, il avait été rendu par la justice de Gournay, une sentence qui ordonnait que les premiers acquéreurs, dont les contrats n'étaient pas contrôlés, fourniraient la Légitime des enfans du vendeur, à la décharge des derniers acquéreurs qui avaient rempli cette formalité. Mais, sur l'appel au parlement de Rouen, il intervint, le 18 janvier 1654, un arrêt qui infirma la sentence, et ordonna que les derniers acquéreurs fourniraient la Légitime. « Il faut, (dit Basnage), faire différence entre les acquéreurs et les créanciers : pour ceux-ci, on considère le contrôle, parceque le débiteur qui demeure toujours possesseur de ses héritages, peut donner une hypothèque, et en ce cas c'est le contrôle qui règle la préférence ; mais, pour les acqué-

Source : BIU Cujas

reurs, ce qui est une fois sorti des mains du vendeur ne lui appartenant plus, il ne peut être hypothéqué par lui ».

XXIV. La règle établie pour la discussion des donataires suivant la date de leurs donations, admet certaines exceptions qu'il est à propos d'examiner ici. — Pour le faire avec ordre, il faut distinguer les donations limitées aux biens présens, d'avec celles qui comprennent aussi les biens à venir.

XXV. Un donataire de biens présens peut-il être valablement chargé par le donateur, de payer les Légitimes à l'acquit des héritiers, des légataires ou des donataires postérieurs? La négative ne souffre aucun doute, lorsque la donation n'est point faite par un contrat de mariage; et même, dans ce cas, la nullité de la clause dont il s'agit, emporte celle de la donation, *vitiatur et vitiat;* c'est ce que décide l'art. 16 de l'ordonnance de 1731 : « Les donations qui ne comprendraient que les biens présens, seront pareillement déclarées nulles, lorsqu'elles seront faites à condition de payer les dettes et charges de la succession du donateur..., même de payer les Légitimes des enfans du donateur au-delà de ce dont ledit donataire peut en être tenu de droit, ainsi qu'il sera réglé ci-après ». — Cette disposition est fondée sur la maxime, *donner et retenir ne vaut:* s'il était permis d'assujettir indéfiniment un donataire au paiement des Légitimes, il serait libre au donateur de diminuer l'effet de sa libéralité, en contractant des dettes qui seraient préférées aux Légitimes, et par conséquent réfléchiraient sur la donation.

La regle, *donner et retenir ne vaut*, n'a pas lieu dans les contrats de mariage : aussi les donations faites par ces sortes d'actes, peuvent-elles être chargées indéfiniment des Légitimes : l'art. 18 de l'ordonnance de 1731 est on ne saurait plus précis là-dessus : « Entendons pareillement que les donations des biens présens, faites à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, même les Légitimes indéfiniment....., puissent avoir lieu dans les contrats de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans....., et que le donataire soit tenu d'accomplir lesdites conditions, s'il n'aime mieux renoncer à la donation ».

XXVI. Quand on donne, par contrat de mariage, tous ses biens présens et à venir, on peut charger le donataire du paiement de toutes les Légitimes, et même il y est tenu, quoiqu'on ne l'en ait pas chargé expressément, parcequ'il est à la place de l'héritier. C'est la disposition expresse de l'art. 36 de l'ordonnance de 1731 : « Dans le cas où la donation des biens présens et à venir a été autorisée par l'art. 17, si elle comprend la totalité desdits biens présens et à venir, le donataire sera tenu indéfiniment de payer les Légitimes des enfans du donateur, soit qu'il en ait été chargé nommément par la donation, soit que cette charge n'y ait pas été exprimée....., sauf au donataire de renoncer, si bon lui semble, à la donation ». *V.* ci-après, art. 3, n. 9.

XXVII. Si le donateur de tous les biens présens et à venir s'était réservé la disposition d'une somme, et qu'il en eût effectivement disposé à sa mort, le donataire universel pourrait-il obliger le légitimaire de discuter cette somme, soit pour remplir sa Légitime, soit pour en acquitter seulement une partie? — L'affirmative paraît assez clairement établie par l'art. 34, suivant lequel on doit épuiser les biens dont le défunt a disposé par acte de dernière volonté, avant de pouvoir agir sur les donations. — Cependant il faut tenir sans difficulté pour la négative. 1° L'art. 34 ne parle que des donations bornées aux biens présens. 2° Le donataire universel tient la place de l'héritier (1) qui doit payer les Légitimes avant les légataires particuliers. 3° Si les biens réservés devaient supporter la Légitime, ce serait en vain que le donateur en aurait retenu la disposition, puisque la Légitime les absorberait. 4° L'art. 36 veut que le donataire universel soit *tenu indéfiniment de payer les Légitimes des enfans du donateur;* on ne doit donc pas distinguer s'il y a une réserve dans la donation, ou s'il n'y en a pas. 5° Le même article permet au donataire de renoncer à la donation : cette faculté suppose que la donation peut être onéreuse, soit à cause des dettes et des autres charges, soit à cause des Légitimes ou des réserves stipulées par l'acte de donation : or, cela n'arriverait pas, si les biens réserves devaient être épuisés pour les Légitimes avant qu'on pût toucher aux biens donnés.

L'art. 17 permet au donataire de tous les biens présens et à venir, de s'en tenir aux biens qui existaient au temps de la donation, et de renoncer aux biens acquis dans l'intervalle de cet acte à la mort du donateur. Si le donataire use de cette faculté, quelle sera son obligation par rapport au paiement des Légitimes? — L'art. 37 porte que « les Légitimes se prendront sur lesdits biens postérieurement acquis, s'ils suffisent; sinon, ce qui s'en manquera sera pris sur tous les biens qui appartenaient au donateur dans le temps de la donation, si elle comprend la totalité desdits biens ».

Mais ne faut-il pas excepter de cette disposition le cas où le donataire de tous les biens présens et à venir serait chargé expressément de payer les Légitimes?

La raison de douter est assez plausible : la renonciation que fait le donataire universel aux biens acquis par le donateur depuis la confection de l'acte, opère une division réelle de la donation, et la fait considérer comme si elle n'était que des biens présens : or, l'art. 18 oblige le donataire de biens présens par contrat de mariage, d'acquitter les Légitimes dont la charge lui a été imposée.

Il faut cependant tenir le contraire, pour deux

(1) *Hi qui in universum jus succedunt, heredis loco habentur* (Loi 128, §. 1, D. de reguli juris.)

Source : BIU Cujas

raisons. — 1° l'art. 37 se rapporte au précédent, comme le prouvent les mots, *si néanmoins le donataire*, et tout ce qui suit : l'exception qu'il renferme, doit donc comprendre tous les cas dont parle l'art. 36; s'il en était autrement, le législateur n'aurait pas manqué d'exprmier les cas sur lesquels l'exception devait porter ; et puisqu'il ne l'a pas fait, et qu'au contraire il s'est expliqué en termes indéfinis, il faut nécessairement appliquer l'exception à chacune des hypothèses décidées par l'art. 36. Or, cet article ordonne que le donataire de tous les biens présens et à venir *sera tenu indéfiniment de payer les Légitimes des enfans du donateur, soit qu'il en ait été chargé nommément par la donation, soit que cette charge n'y ait pas été exprimée.* Ainsi, dans le cas de l'art. 37, le donataire universel est fondé à rejeter la charge des Légitimes sur les biens acquis postérieurement à la donation, soit que cette charge lui ait été nommément imposée par l'acte, soit qu'elle n'y ait pas été exprimée. — 2° Il résulte clairement de l'art. 37, que le paiement des Légitimes n'est point à la charge du donataire des biens présens, mais à celle de l'hérédité composée des biens à venir : c'est donc par la seule considération des biens à venir qu'on l'a obligé dans l'acte à payer les Légitimes; et par conséquent, dès qu'il est reçu à répudier ces biens, plus d'obligation directe pour lui ; il ne doit plus être tenu que subsidiairement, en cas d'insuffisance des biens acquis postérieurement. C'est une suite naturelle de la maxime, *cessante causâ, cessat effectus.*

XXVIII. Lorsque la donation des biens présens et à venir n'en comprend point la totalité, mais seulement une quote, il faut, pour connaître les obligations du donataire par rapport aux Légitimes, distinguer si le donateur l'a chargé de les payer ou non.

Dans ce dernier cas, le donataire n'est tenu de contribuer aux Légitimes qu'au défaut des biens restans, et dans l'ordre prescrit par l'art. 34 de l'ordonnance de 1731. C'est, dit Catellan, ce qui « a été jugé en la grand'chambre du parlement de Toulouse, le 6 mai 1669, en la cause des nommés Lestrades », et c'est ce que décide l'art. 36 de la loi que nous venons de citer : « Lorsque la donation, (porte ce texte), ne contiendra qu'une partie des biens présens et à venir, le donataire ne sera obligé de payer lesdites Légitimes au-delà de ce dont il peut en être tenu de droit, suivant l'art. 34, qu'en cas qu'il en ait été expressément chargé par la donation, et non autrement ».

C'était une question, avant l'ordonnance, si l'obligation imposée au donataire dont il s'agit, de payer sa portion des dettes et des charges, comprenait les Légitimes. La jurisprudence des arrêts n'était point uniforme là-dessus. — Le parlement de Toulouse avait adopté l'affirmative, suivant le témoignage de Maynard, liv. 2, chap. 93; liv. 10, chap. 11; de Cambolas, liv. 4, ch. 7; et de d'Olive, liv. 5, chap. 15. — On jugeait de même au parlement de Grenoble, comme l'atteste Basset, tome 2, liv. 4, tit. 23, chap. 2. — Le parlement de Bordeaux embrassait tantôt un parti, tantôt un autre, suivant La Peyrère, lettre O, n. 102. — Mais, s'il en faut croire Henrys, tome 1, liv. 4, chap. 6, quest. 93, le parlement de Paris jugeait que le mot *charges* ne comprenait pas les Légitimes; et c'est à cette jurisprudence que l'article cité de l'ordonnance de 1731 a donné la préférence; car il décide, comme on l'a vu, que le donataire d'une quote des biens présens et à venir doit être *expressément chargé* du paiement des Légitimes, et qu'autrement il n'en est pas tenu plus particulièrement que tout autre donataire.

Lorsque cette charge est stipulée nommément, ajoute le même article, « le donataire sera tenu directement et avant tous les autres donataires, quoique postérieurs, d'acquitter lesdites Légitimes pour la part et portion dont il a été chargé dans la donation ».

Mais cette disposition doit-elle avoir lieu lorsque le donataire d'une quote des biens présens et à venir concourt avec les héritiers *ab intestat*? — Par exemple, un père marie son fils et lui donne la moitié de ses biens présens et à venir, à la charge de payer la moitié des Légitimes; il meurt ensuite sans testament. Ceux des autres enfans qui sont ses héritiers, peuvent-ils demander que le frère donataire contribue pour la moitié au paiement des Légitimes? — Cambolas, liv. 5, ch. 40, rapporte un arrêt du parlement de Toulouse qui décharge ce dernier. Henrys décide le contraire; et Furgole trouve son avis bien fondé, « parceque la charge dont il s'agit, est une réservation faite au profit des autres enfans, qui retranche de la donation le montant de la moitié des Légitimes, et le transporte aux autres enfans, qui le prennent comme une dette dont la donation est chargée, et par conséquent le donataire ne peut pas en profiter, quel que soit l'événement au sujet de l'autre moité restante : c'est même l'esprit de l'arrêt rapporté par Cambolas, qui fut déterminé sur la circonstance particulière, prise de ce que les frères et la sœur du donataire avaient transigé avec lui ou avaient renoncé; sans laquelle circonstance, l'auteur remarque qu'on aurait jugé le contraire. On peut même dire que l'art. 36 de l'ordonnance de 1731 décide la difficulté conformément au sentiment de Henrys, en ce qu'il veut que le donataire soit tenu directement d'acquitter la portion des Légitimes dont il a été chargé; et par conséquent il ne faut pas discuter les biens restans, quoique le donateur n'en ait pas disposé, tout comme il n'est pas nécessaire de discuter les donataires postérieurs».

L'article cité règle aussi la quotité pour laquelle le donataire d'une partie des biens présens et à venir doit contribuer aux Légitimes : C'est, porte-t-il, *pour la part et portion dont il aura été chargé dans la donation; et si ladite portion n'y a pas été expressément déterminée, elle demeurera fixée à telle et semblable portion que celle pour*

Source : BIU Cujas

laquelle les biens présens et à venir se trouveront compris dans la donation.

XXIX. Si le donataire d'une partie des biens présens et à venir, à qui a été imposée la charge des Légitimes, renonce aux biens acquis après la donation, pour s'en tenir à ceux qui appartenaient au donateur lors de cet acte, la charge doit être considérée comme non écrite, et l'on doit rendre toute sa force au droit commun, suivant lequel les donataires ne contribuent à la Légitime qu'au défaut des biens que le défunt a laissés en mourant, et dans l'ordre des dates de leurs donations respectives. C'est la disposition textuelle de l'art. 37 : « Si néanmoins le donataire, par contrat de mariage, de la totalité ou de partie des biens présens et à venir, déclare qu'il opte de s'en tenir aux biens qui appartenaient au donateur au temps de la donation, et qu'il renonce aux biens postérieurement acquis par ledit donateur..., les Légitimes des enfans se prendront sur lesdits biens postérieurement acquis, s'ils suffisent, sinon..... et en cas que la donation ne soit que d'une partie des biens, et qu'il y ait plusieurs donataires, la disposition de l'art. 34 sera observée entre eux, selon sa forme et teneur ».

Question II. *Les biens qui étaient substitués dans la personne du défunt, sont-ils sujets à la Légitime ?*

I. La négative ne souffre aucune difficulté. C'est un principe établi par la loi 8, §. 9, D. *de inofficioso testamento*, et confirmé par l'art. 298 de la coutume de Paris, que la Légitime ne doit être prise qu'après la déduction des dettes et des frais funéraires : or, un fidéicommis est, pour celui qui en est chargé, une dette véritable (1); il faut donc en faire la déduction sur ses biens, avant de distraire la Légitime à laquelle ils sont soumis. C'est aussi ce qui résulte de la loi 36, C. *inofficioso testamento*, en ce qu'elle ordonne de remplir la Légitime avec la propre substance du défunt, *repletionem fieri ex ipsâ substantiâ patris.*

« Cette maxime est indubitable (dit Duperrier); et le parlement d'Aix l'a toujours suivie par ses arrêts, comme il paraît par celui que Saint-Jean rapporte en sa décis. 83, mais bien plus clairement par un arrêt que j'ai vu avec les pièces et contestations des parties, et qui fut rendu solennellement au rapport de M. Thoron, le 12 mars 1582, au profit de François, Pierre et Charles de l'Estan, contre leurs sœurs. Celles-ci avaient obtenu arrêt contradictoirement, portant adjudication d'un supplément de Légitime sur les biens délaissés par leur père, et même le paiement leur en avait été fait : mais les substitués qui en avaient fait le paiement, s'étant pourvus par requête civile, fondés sur ce que le supplément avait été liquidé et pris sur les biens substitués dont le père n'avait pu disposer, la requête civile fut entérinée, l'arrêt révoqué, et les filles ou leurs maris condamnés à la restitution des sommes qu'elles avaient reçues. La question semblait avoir d'autant plus de difficulté, que les filles ayant obtenu cet avantage de la loi, de pouvoir être dotées sur les biens substitués, les arrêts ayant réglé leur dot à la valeur d'une Légitime, ce n'était pas sans apparence de raison que le premier arrêt leur avait adjugé le supplément de leur Légitime : mais cette raison fut justement rejetée, parceque la faveur de la dot et du mariage étant la cause essentielle de ce privilège, la cause cessant par le mariage des filles et la dot qui leur avait été constituée, le privilège devait cesser ».

L'additionnaire de Duperrier ajoute : « Il y a un arrêt qui, rendu dans le mois de juin 1680, au rapport de M. Ricard, entre la demoiselle Bigard, et Me Catrebras, avocat, jugea que, dans le cas d'une substitution faite dans un testament par l'aïeul à son petit-fils, les frères et sœurs de ce petit-fils n'avaient point de Légitime à prendre sur les biens substitués ».

Maynard nous a conservé un arrêt semblable, rendu au parlement de Toulouse, le 26 janvier 1594. Jeanne de Deymes avait été instituée héritière universelle par son père, à la charge de rendre l'hérédité, après sa mort, au premier enfant mâle qui lui naîtrait. Elle mourut, laissant un garçon et plusieurs filles. Les créanciers du garçon ayant fait mettre en criées les biens compris dans la substitution faite à son profit, les filles s'opposèrent pour leur supplément de Légitime; mais, par l'arrêt cité, elles furent déboutées de leur opposition, *conformément à autres préjugés de ladite cour, attestés par les plus anciens d'icelle.*

II. Duperrier remarque cependant deux cas où, suivant lui, cette jurisprudence ne doit pas avoir lieu.

Le premier est lorsque le père instituant celui de ses enfans au profit duquel il était grevé de substitution par l'aïeul, le charge expressément d'une nouvelle substitution pour les mêmes biens. Le fils approuvant cette disposition, confond tellement les biens qu'il recueille comme substitué, avec ceux qu'il prend à titre d'héritier, que les uns et les autres ne forment plus qu'un seul patrimoine; et comme il prend sa Légitime et sa quarte trébellianique sur la totalité, il est juste que ses frères et ses sœurs en distraient au moins leur Légitime; *autrement la Légitime ne serait pas également partagée entre tous les enfans, comme nécessairement elle le doit être, suivant la remarque de Barry, liv. 15, ch. 5, n. 14.*

Le second cas est celui où le père donnant, par contrat de mariage, une partie de ses biens à son fils, le charge de la donner lui-même à l'un de ses enfans à naître : alors il y a tout lieu de croire que

(1) *Licet te heredem scripserit, in imponendâ tamen legatorum ratione, quibus te oneratum esse suggeris, fideicommissum debitum œris alieni loco deduci oportet, insuperque in residuo legis falcidiæ beneficium vindicabis.* (Loi 8, C. ad legem falcidiam.)

Source : BIU Cujas

l'intention des parties a été que le petit-fils tînt les biens de la main de son père, et non de celles de l'aïeul; ainsi, on doit regarder ces biens comme faisant partie de la succession du père, et par conséquent les assujettir à la Légitime des autres enfans. — Cette décision est approuvée par Sanlegerius, dans ses *Questions civiles*, ch. 35; et par Boniface, tom. 5, liv. 2, tit. 12, ch. 2, n. 302. — Ce dernier explique ainsi la différence du cas proposé, d'avec celui où l'aïeul fait lui-même la donation à son petit-fils. Si le père, dit-il, donne ses biens à son fils en le mariant, à la charge qu'il les donnera à l'un de ses enfans, il y a deux donations, l'une de l'aïeul et l'autre du père; le petit-fils est donataire du père, et non de l'aïeul; ses frères et ses sœurs doivent donc avoir une Légitime sur les biens donnés. Mais si l'aïeul fait lui-même la donation ou la substitution dans le contrat de mariage de son fils, alors il ne s'agit plus d'une libéralité exercée par le père, mais d'un vrai fidéicommis qui doit être prélevé sur les biens de celui-ci, avant qu'il soit question d'y prendre une Légitime.

Mais cette distinction est plus subtile que solide. Peut-on regarder comme une pure libéralité du père, une donation qu'il ne fait que parcequ'il y est obligé par la disposition de l'aïeul? Non, sans doute; il est de l'essence d'une donation de devoir l'existence à une volonté libre : *Dat aliquis eâ mente ut statim velit accipientis fieri, et propter nullam aliam causam facit quàm ut liberalitatem et munificentiam exerceat, hæc propriè donatio appellatur :* ce sont les termes de la loi 1, D. *de donationibus.* Ainsi, le père est chargé d'un fidéicommis véritable, l'aïeul ne lui a laissé que la liberté du choix; et en donnant à l'un de ses enfans, il ne fait qu'exercer un simple ministère, *nudum ministerium.*

C'est donc mal à propos que Duperrier nous indique le cas d'une donation faite par un aïeul, à la charge que le fils donataire la reitèrera à l'un de ses enfans, comme une seconde exception à la règle générale qui exempte les biens substitués de la contribution à la Légitime (1).

III. Mais il y a une autre exception, que cet auteur passe sous silence, et qui cependant n'en est pas moins consacrée par un usage constant : c'est que quand un père ne laisse que des biens à l'égard desquels il était grevé de fidéicommis, ses enfans peuvent en distraire une Légitime qu'on appelle *de grace*, parcequ'elle dépend des circonstances et de l'arbitrage des juges.

Cette Légitime a été introduite à l'exemple de la dot et de la donation à cause des nôces, que la loi 22, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, et la novelle 39, ont permis de prendre sur les biens substitués, au défaut de biens libres. Cambolas, liv. 2, ch. 24, en rapporte deux arrêts formels du parlement de Toulouse. — Le parlement de Paris a jugé la même chose par arrêt du 14 mai 1672; voici comment les rédacteurs du Journal du palais nous en retracent l'espèce : « Louis-Charles François de La Rochefoucault, marquis de Montendre, jouissait de deux terres, Agure et Montendre, substituées en faveur des aînés mâles de sa maison : la première, par Charles de Fonsecques, son aïeul maternel; l'autre par..... son oncle maternel; en sorte que ses sœurs, n'ayant pas réussi dans l'instance qu'elles avaient contre leur frère, pour avoir part dans ces deux substitutions, comme se prétendant appelées conjointement avec les mâles, elles eurent recours à cette dernière demande de la Légitime de grace sur ces deux sortes de biens substitués, tant en ligne directe qu'en collatérale, au défaut d'autres biens libres de leur père et de leur mère, qui se trouvaient absorbés par les créanciers. Par arrêt du 14 mai 1672, rendu en la troisième chambre des enquêtes, au rapport de M. Portail, la cour adjugea à chacune des trois sœurs du sieur de Montendre, la somme de 18,000 livres ».

Nous avons dit que la Légitime de grace dépend de l'arbitrage du juge; et cela n'est pas moins vrai quant à la question de savoir si elle doit être adjugée, que par rapport à la quotité à laquelle on doit la fixer. En voici un exemple rapporté par Brillon d'après Albert : « M. l'évêque de Viviers, de la maison de la Suze, tous les biens de son père étant absorbés par les créanciers, demandait une Légitime de grace sur les biens substitués par son aïeul; elle lui fut refusée par arrêt du parlement de Toulouse de 1634, à cause de son établissement, et que les frais de ses bulles lui en tenaient lieu. Dans le même procès, d'autres sœurs de cet évêque, demandant aussi une Légitime, elle fut refusée à celles qui étaient mariées; et il ne fut adjugé que 12,000 livres à une qui ne l'était pas, quoiqu'il y eût de grands biens dans la substitution; tellement qu'avant que de l'adjuger, il est à propos de considérer si les petits-fils sont suffisamment établis, auquel cas ils se doivent contenter de leur établissement : et quand on l'adjuge, elle doit s'estimer *arbitrio boni viri* ».

M. Bargeton, célèbre avocat au parlement de Paris, consulté le 21 octobre 1727, par le duc d'Orval, sur une question pareille, s'est expliqué sur la Légitime de grace dans des termes qui méritent d'être conservés. — « La Légitime de grace (a-t-il dit), est ainsi appelée parceque la jurisprudence des parlemens l'accorde par grace aux enfans de l'héritier grevé, qui n'ont aucune part au fidéicommis. Il arrive souvent dans les substitutions graduelles, que l'aîné, ou un autre enfant qui est appelé à la substitution faite par un aïeul ou aïeule, emporte tous les biens de sa maison; en sorte que l'héritier grevé n'ayant point de biens libres, ou ayant consumé ou perdu ceux qu'il avait, il ne peut rien laisser à d'autres enfans. Et si dans ce cas, la substitution était exécutée à la rigueur, on

(1) Boniface, tome 5, liv. 2, tit. 12, chap. 2, rapporte une sentence qui a refusé aux filles la Légitime qu'elles demandaient sur les biens donnés par l'aïeul à leur père, à la charge d'en disposer en faveur de tel de ses enfans mâles qu'il élirait.

Source : BIU Cujas

verrait souvent un aîné très riche, dans le temps que les puînés seraient réduits à la mendicité. — C'est ce qui a donné lieu à introduire la Légitime de grace en faveur des enfans puînés dont le père n'a laissé aucun bien libre. Cet usage s'est établi d'abord dans les parlemens de droit écrit, sur-tout au parlement de Toulouse, où les substitutions sont très fréquentes et durent très long-temps, à cause que l'on compte les degrés par souches (1). On a cru que le frère aîné, qui emporte tout en vertu d'une substitution, devait du moins les alimens à ses frères et à ses sœurs. Et comme il est souvent difficile de régler les alimens, et de les fixer à une pension annuelle; que d'ailleurs cela peut faire naître une infinité de contestations entre les frères, on a pris le parti de fixer une somme payable en principal, moyennant quoi le frère aîné serait quitte des alimens qu'il serait obligé de fournir à ses puînés. — Comme cet usage s'est introduit par la jurisprudence des arrêts, on n'a pas sur cela une règle certaine, et il y a fort peu d'auteurs qui aient parlé sur cette matière; il y a pourtant un *Traité de la Légitime de grace*, fait par André Béraud, avocat à Nîmes, dans le ressort du parlement de Toulouse: ce traité est rare et difficile à trouver: on y voit quels ont été les fondemens de cette Légitime de grace. — L'usage présent du parlement de Toulouse est de régler cette Légitime à la moitié de la Légitime de droit, et il paraît que c'est le milieu le plus équitable qu'on puisse prendre. — On observe la même chose au parlement de Bordeaux, comme la témoigne La Peyrère, lettre L, sur le mot *Légitime*, n° 43 de la dernière édition. — Et quoique cette question se présente très rarement au parlement de Paris, dans le ressort duquel les biens dont il s'agit sont situés; cependant, comme les coutumes n'ont rien de contraire à cette décision, qui est très équitable, il paraît juste de la suivre dans l'espèce présente; car M. d'Orval n'a rien eu du chef de son père, qui n'a laissé aucun bien libre: tout se trouve substitué; et d'ailleurs la dame sa mère ayant été ruinée par les engagemens qu'elle avait pris pour son mari, M. d'Orval ne trouve dans la succession de sa mère, que les arrérages du douaire qui lui étaient dus. — Cependant, pour ne pas entrer dans la discussion et estimation des biens substitués, il s'est fixé à une somme pour sa Légitime, et il demande aussi les intérêts depuis la mort de son père. Les biens étaient substitués jusqu'à concurrence de 20,000 livres de rentes en terres; il est certain que, depuis le temps de la substitution, le revenu des terres est augmenté presque du double: aussi la demande de M. d'Orval n'est pas excessive, lorsqu'il se restreint à 30,000 livres pour sa Légitime de grace».

[[Les constitutions sardes contiennent, sur cette matière, une disposition que l'on trouvera à l'article *Primogéniture*.]]

(1) Cet usage a été abrogé par l'ordonnance de 1747. *V. Substitution fidéicommissaire.*

Question III. *Les biens confisqués sur le défunt, sont-ils sujets à la Légitime?*

I. Cette question, considérée du côté des principes, se réduit à savoir si la confiscation est un titre lucratif pour le roi ou le seigneur à qui elle est adjugée, et si elle forme, de la part de celui qui l'a encourue, une disposition à titre gratuit. Quelques uns ont soutenu l'affirmative sur l'un et l'autre point, mais ils se sont visiblement trompés. D'abord, il est certain que la confiscation n'est pas un titre lucratif pour le fisc; c'est un fruit de la justice, et par conséquent un titre onéreux. En second lieu, il est de toute évidence qu'elle n'est point gratuite dans l'intention de celui sur lequel on la prononce, puisqu'en commettant le délit qui la lui fait encourir, il ne se propose certainement pas pour but de faire passer tous ses biens au fisc.

« La confiscation (dit Lebrun), doit être considérée comme une dissipation d'un homme qui, négligeant de poursuivre ses débiteurs, leur aurait laissé acquérir prescription, ou qui aurait souffert qu'on eût usurpé ses domaines, ou qui aurait laissé dépérir ses biens, faute de les réparer; ce qui n'entre point en considération pour la supputation de la Légitime de ses enfans, dans laquelle on n'a égard qu'aux titres qui sont, s'il faut ainsi dire, d'une libéralité propensée, et qui sont de véritables donations ».

Il est donc évident qu'à la rigueur, on ne doit point donner de Légitime aux enfans sur les biens dont leur père a été dépouillé par la confiscation. Cependant le droit romain en décide autrement; la loi 7, D. *de bonis damnatorum*, porte que les enfans d'un condamné à mort doivent prendre dans ses biens les portions qui leur ont été accordées, *portiones concessas;* et la loi 10 du même titre, au Code, nous apprend que ces portions avaient été fixées à la moitié par les empereurs Théodose et Valentinien. Justinien alla plus loin: enchérissant sur la clémence de ses prédécesseurs, il ordonna par sa novelle 8, que la confiscation n'aurait pas lieu sur les condamnés qui laisseraient des enfans, ou même des parens collatéraux jusqu'au troisième degré, à moins qu'il ne fût question de crime de lèse majesté, par rapport auquel il voulut que les anciennes lois conservassent toute leur force. On sait que l'une de ces lois, qui est la cinquième, au Code, *ad legem Juliam majestatis*, condamne les enfans des criminels de lèse majesté à une indigence perpétuelle: *sint perpetuò egentes et pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, sit et mors solatium, et vita supplicium.*

II. Dans nos usages, c'est-à-dire, dans celles de nos provinces où la confiscation est reçue, on est assez porté à la soumettre à la Légitime des enfans du condamné. « On demande (dit Charondas sur l'art. 183 de la coutume de Paris), si des biens confisqués les enfans peuvent demander leur Légi-

Source : BIU Cujas

time..... Ceux qui sont d'opinion qu'ils doivent l'avoir, me semblent avoir justement conseillé. J'en ai vu un arrêt donné pour les enfans d'un nommé Bruyant, du 8 mars 1561 ».

Ricard soutient également « que la Légitime doit être distraite, en faveur des enfans, des biens sujets à confiscation..... Le public est intéressé de faire en sorte qu'en punissant un crime, il n'ouvre pas le chemin aux enfans pour suivre la voie de leur père, en les destituant de tous moyens de subsister, et leur refusant même ce que la loi destine pour leurs alimens ».

L'annotateur de Ricard cite, d'après Boniface, un arrêt du parlement d'Aix du 22 juin 1662, qui a formellement adopté son opinion. — La même chose a été jugée au parlement de Paris par arrêt du 4 mars 1617, rapporté dans les *décisions* de Le Bret, part. 2, liv. 3, décis. 5.

Le parlement de Toulouse s'est fait là-dessus une jurisprudence particulière : il donne à la femme et aux enfans du condamné le tiers de tous ses biens à partager entre eux : c'est ce qu'atteste Maynard, liv. 8, ch. 83; et c'est ce qu'a jugé *in terminis* un arrêt du 6 novembre 1548, rapporté par La Rocheflavin. — Maynard nous en fournit un autre de l'année 1580, par lequel ce tiers fut déclaré exempt de la contribution aux frais du procès criminel, et aux amendes prononcées contre le défunt. — Il a même été décidé par un troisième arrêt du mois de juillet 1679, inséré dans le Recueil de Catellan, que les dommages-intérêts de la partie civile ne doivent pas être pris sur ce tiers, quoique le reste des biens soit épuisé ou absorbé.

Il y a plus d'équité que d'exactitude dans ces différentes décisions; car, à ne parler que d'après les vrais principes, comme on doit le faire dans tous les pays où il n'y a point d'usage particulier sur ce point, les enfans des condamnés n'ont aucun droit de Légitime à exercer sur les biens de leurs pères, que la loi défère au fisc. Serpillon, qui avait soutenu le contraire sur l'art. 16 du tit. 17 de l'ordonnance de 1670, s'est rétracté nettement par sa note 137. « On ne peut disconvenir (dit-il en cet endroit), que la confiscation comprend tous les biens des condamnés, et par conséquent que, quelque favorable que soit la Légitime, elle ne peut être prélevée, sur-tout dans les pays où, comme en Bourgogne, la maxime *qui confisque le corps confisque les biens*, a lieu : au moyen de la confiscation, il n'y a plus de succession, et par conséquent point de Légitime. Nous avons des cahiers qui avaient été dressés pour la réformation de notre coutume; ils sont d'un grand poids dans notre province; l'art. 27 du tit. 1, porte que celui qui est condamné à mort naturelle, perd *entièrement* tous ses biens, tant meubles qu'immeubles; l'art. 28 porte, que les seigneurs hauts-justiciers, chacun pour son regard, prendront les immeubles et héritages du condamné assis en leurs territoire et justice, en payant les dettes du criminel et les frais de justice. Il suit nécessairement de ces règles, que la confiscation comprend entièrement tous les biens, et qu'il n'y doit être prélevé que les dettes et les frais de justice; par conséquent il n'est pas possible de donner une Légitime à des enfans sur une succession qui n'existe pas ».

III. Quoi qu'il en soit, il est au moins hors de doute que les biens confisqués sur une mère, ne doivent pas de Légitime à ses enfans : les lois romaines que nous avons citées, ne parlent que des pères; et il y en a une qui excepte expressément les mères des dispositions rapportées ci-dessus; c'est la loi 6, C. *de bonis proscriptorum*, conçue en ces termes : *de bonis matris deportatæ filiis nihil deberi juris absolutissimi est.* Ce texte a servi de motif à un arrêt du grand conseil de Malines, du 15 novembre 1615, qui a jugé, en confirmant une sentence du conseil provincial de Luxembourg, du 15 avril 1606, qu'il n'était point dû de Légitime aux enfans de Ludevoise Marguerite sur les biens de leur mère qui avait été condamnée à mort par sentence de la prévôté de Macheren-le-Comte. On trouve cet arrêt dans le recueil de Humayn, chap. 12.

IV. On convient également que les biens confisqués pour crime de lèse-majesté, ne sont pas sujets à la Légitime; c'est la décision d'une loi romaine citée plus haut, et elle doit être reçue parmi nous avec d'autant moins de difficulté, que nous portons la sévérité sur ce point beaucoup plus loin encore que les Romains : en effet, l'ordonnance de 1539 veut que la confiscation prononcée pour ces sortes de crimes, embrasse même les biens substitués dans la personne des coupables. *V. Confiscation*, n. 6.

Question IV. *Les biens dont le légitimaire est exclu* ab intestat *par la coutume, sont-ils sujets à la Légitime ?*

I. La Légitime est une portion de ce qu'aurait eu *ab intestat* celui à qui elle est due; elle ne peut donc être prise que sur les biens auxquels le légitimaire succèderait, si le défunt était mort sans disposer. — On ne peut rien de plus simple; et ce que nous avons dit ci-dessus, sect. 3, met cette vérité dans le plus grand jour.

Cependant il a fallu beaucoup de temps et bien des procès pour la faire reconnaître dans certains tribunaux.

II. La coutume de Franche-Comté porte que *succession* ab intestat *ne monte point en ligne directe, si ce n'est au regard des meubles et acquêts.* Il s'est élevé sur cette disposition deux difficultés remarquables.

La première était de savoir si les pères et les mères n'avaient pas au moins le droit de prétendre une Légitime sur les propres de leurs enfans? Les principes et les autorités se réunissaient pour établir la négative : néanmoins le parlement de cette province jugea constamment le contraire jusqu'en 1588;

Source : BIU Cujas

mais à cette époque, un de ses arrêts ayant été attaqué par la voie de révision, le grand conseil de Malines, à qui l'affaire fut renvoyée, suivant l'usage de ce temps-là, jugea qu'il était intervenu erreur, et sa décision fut érigée en loi par une déclaration des archiducs Albert et Isabelle, qui fut, dit Grivel, « publiée à la cour au second rôle après la Saint-Martin de l'an 1601. »

La seconde difficulté était de savoir si au moins il ne fallait pas restreindre la coutume au cas où les enfans décédaient *intestats*, et si en conséquence il n'était point dû une Légitime au père et à la mère sur leurs propres, lorsqu'ils en disposaient par testament. Tout concourait encore pour faire admettre la négative; mais il parut au parlement de Franche-Comté, qu'une coutume aussi rigoureuse devait être restreinte dans ses termes précis; qu'elle n'excluait les ascendans que de la succession *ab intestat;* que par conséquent on ne devait pas l'étendre à la succession testamentaire; et que dans le cas de celle-ci on ne pouvait pas refuser une Légitime aux ascendans. « Ainsi fut jugé (dit encore Grivel), en l'an 1596, en la cause de madame de Beauregard, suppliante, contre madame de Sombernon sa fille, défenderesse. »

On sent qu'il fallait être bien attaché aux maximes du droit écrit, pour juger de la sorte. S'il n'est point dû de Légitime sur les propres lorsque la succession en est déférée *ab intestat*, à plus forte raison n'en est-il point dû sur les mêmes biens lorsqu'il y a un testament; ce n'est même que dans ce dernier cas qu'il peut y avoir ouverture à l'action légitimaire; car cette action ne tend qu'à obtenir une partie de ce qu'on aurait eu si le défunt était mort sans disposer de ses biens; elle ne peut donc pas avoir lieu en faveur de celui qui n'avait rien à prétendre *ab intestat*.

Aussi le parlement de Franche-Comté a-t-il changé de jurisprudence sur cette matière: c'est ce que nous apprend un arrêt dont l'espèce est ainsi rapportée par Grivel.

Un enfant avait choisi un étranger pour son héritier universel; sa mère, qui était instituée dans une portion légitimaire, voulait la prendre, non seulement sur les meubles et acquêts auxquels elle eût succédé *ab intestat*, mais encore sur les propres dont elle était exclue par les règles des successions lignagères. — L'affaire portée au parlement de Dole, on appuyait le système de la mère sur trois raisons. — 1° La Légitime a été introduite par les lois romaines; c'est donc sur le pied des successions réglées par les lois romaines, qu'il faut déterminer la Légitime: comment en effet pourrait-on, dans cette opération, prendre pour guide des statuts et des coutumes auxquels ne pensaient certainement pas les législateurs qui nous ont donné l'idée de la Légitime, et qui en ont fixé la quotité? — 2° Le défunt a témoigné, en faisant un testament, qu'il voulait s'écarter des dispositions de la coutume, autrement il serait mort *intestat*. La coutume n'a donc plus d'empire sur ses biens, et par conséquent elle ne peut entrer en considération pour régler la Légitime de sa mère. — 3° Quelle absurdité ne résulterait-il pas de l'opinion contraire? Plusieurs coutumes excluent les filles dotées de la succession *ab intestat* de leurs pères et de leurs mères: la Légitime de ces filles ne sera donc pas le tiers ou la moitié de ce qu'elles prendraient dans l'hérédité si elles n'étaient pas exclues par la loi municipale, mais seulement le tiers ou la moitié de leur dot? Peut-on concevoir rien de plus injuste et de plus déraisonnable? — Mais quelque ingénieuses que fussent ces raisons, le parlement de Dole a débouté la mère de sa demande en Légitime sur les propres de son fils; et cela, dit Grivel, « par arrêt du 4 de janvier de l'an 1602, en la cause de Jeanne Pojour, appelante, contre les héritiers de feu Jean Dormoy de Cromary. » — Le motif de cette décision a été, suivant le même magistrat, que la Légitime n'est autre chose qu'une portion de ce qu'aurait pris celui à qui elle est due dans la succession *ab intestat;* que les successions *ab intestat* dépendent des coutumes des lieux, puisque les coutumes forment le droit civil des pays où elles sont en vigueur; que la mère n'aurait eu rien à prétendre dans les propres, si son fils était mort sans faire aucune disposition; que par conséquent elle ne devait pas y avoir de Légitime dans le cas d'un testament.

Ce qu'a jugé le parlement de Dole dans l'espèce que nous venons de retracer, le parlement de Dijon l'a décidé de même par arrêt du 16 février 1651, rapporté dans le commentaire de Taisand sur la coutume de Bourgogne.

Le recueil de Pollet nous en fournit deux semblables du parlement de Flandre: écoutons ce magistrat. — « La Légitime est le tiers des biens que celui à qui elle est due, prendrait *ab intestat*, ou la moitié lorsqu'il y a plus de quatre enfans. De ce principe il suit que les biens dans lesquels celui à qui la Légitime est due, n'aurait point de part *ab intestat*, ne doivent point être comptés pour régler la Légitime; et il a été ainsi jugé dans la coutume du bailliage de Lille, par arrêt rendu entre demoiselle Marie-Catherine Faulconnie, femme autorisée de Jean-Baptiste de Sucre de Bellain; et dame Marie-Jeanne Faulconnier, femme autorisée de messire Henri de Broide, chevalier, sieur de Gondecourt. Par la coutume du bailliage de Lille, titre 2, art. 25 et 26, les femmes sont exclues par les mâles en pareil degré, des propres tenus en cotterie. La demoiselle de Bellain s'étant abstenue de la succession de sa mère, il était question de régler sa Légitime. Elle prétendait qu'on devait y faire entrer l'estimation des héritages patrimoniaux de la succession, desquels elle était exclue par le sieur de Perenchies son frère, et elle en a été déboutée. — Dans la coutume de Douai, lorsqu'il est intervenu ravestissement de sang entre les conjoints, tous les biens de la communauté, meubles, catteux et héritages situés dans l'échevinage, appartiennent au survivant..... les enfans ne sont pas

Source : BIU Cujas

même reçus à demander leur Légitime dans ces biens du chef de leur père ou de leur mère prédécédés, quoique le défunt n'ait laissé aucun autre bien. Arrêt rendu au rapport de M. Cordouan, le 23 juillet 1700. »

La jurisprudence du grand conseil de Malines est conforme à ces décisions. On a déjà vu que cette cour a réformé en 1588, un arrêt du parlement de Dole qui avait jugé le contraire; et Cuvelier nous apprend que depuis elle a pris là-dessus un parti invariable; voici ses termes, §. 198 : « Les ascendans exclus par statut ou coutume, de la succession des immeubles délaissés par leurs enfans, y peuvent-ils prétendre supplément de Légitime? Cette question reçoit notable difficulté en droit; *vide* le registre aux avis de la cour, commençant en octobre 1590, fol. 191, où il y a un beau discours, et où l'on voit que l'avis de la cour est pour la négative ».

Ce parti est aussi adopté par l'art. 6 du tit. 11 de la coutume de Luxembourg et de Thionville.

Question V. *Les biens compris dans les préciputs introduits par la coutume, sont-ils sujets à la Légitime?*

I. Il faut distinguer si, outre les biens soumis aux préciputs, il y en a encore d'autres dans la succession, ou si ces biens forment tout le patrimoine du défunt.

Premier cas. Tous les auteurs conviennent qu'on ne peut pas prendre la Légitime sur les préciputs d'aînesse ou de maîneté, lorsqu'il se trouve encore d'autres biens dans la succession; et c'est ce qui résulte nécessairement du principe établi sur la question précédente, que le légitimaire ne peut exercer son droit dans les choses auxquelles il n'est pas appelé *ab intestat*.

II. Mais cette décision ne doit-elle pas être bornée aux biens que le défunt avait acquis par succession ou par donation, et n'en doit-on pas excepter ceux qu'il possédait à titre onéreux? Par exemple, un père achète un manoir féodal dans la coutume de Paris, et un manoir roturier dans celle de Cambresis : le premier sera sujet, dans sa succession, au droit d'aînesse, et le second au droit de maîneté : mais parcequ'ils proviennent d'une acquisition onéreuse, les enfans placés entre l'aîné et le plus jeune, ne pourront-ils pas prendre leur Légitime sur l'un et l'autre bien?

Hartmannus Pistor, Alexandre, Ripa, Julius Clarus, Thomingius et Berlichius tiennent l'affirmative, sur le fondement que toute donation est sujette à la Légitime, et que, dans l'espèce proposée, le père est censé donner à l'aîné le prix du manoir féodal, et au maîné le prix du manoir roturier.

Cette opinion est rejetée par Schraderus (*de feudis*), *part.* 7, *cap.* 5, *n.* 46); Bort (*de feudis hollandicis*, *part.* 5, *tit.* 3, *cap.* 2, *reg.* 4); Hegius (*part.* 1, *quæst.* 25); de Beust (*ad l.* 31, D. *de jurejurando*, n. 874); et Voët (*ad digesta*, *lib.* 5, *tit.* 2, *n.* 57). Il est vrai, dit ce dernier, que le défunt a diminué son hérédité mobilière, en achetant un fief; mais cette diminution ne peut faire opérer la Légitime ni sur le fief même, ni sur les deniers qui en ont formé le prix; point sur le fief, parceque le légitimaire, qu'on suppose cadet, ne pourrait y rien prétendre *ab intestat*; point sur le prix, parceque non seulement il n'existe plus dans le patrimoine du défunt, mais il en est sorti à titre onéreux, et il n'y est pas représenté par le bien, la subrogation de la chose au prix n'ayant jamais lieu de plein droit. — En vain objecte-t-on que le père a avantagé par cet achat celui de ses enfans à qui le préciput doit appartenir après sa mort.—Il faut répondre, suivant Voët, qu'il ne peut point y avoir de donation dans cette espèce, parcequ'au moment de l'acquisition, il est encore incertain qui sera l'aîné lors du décès de l'acheteur, et conséquemment à qui le bien appartiendra hors part.--Il serait peut-être plus exact de dire que le père n'achète pas pour avantager même celui de ses enfans qui se trouvera l'aîné à sa mort, mais uniquement pour se procurer un héritage qui est à sa bienséance; que son intérêt est le seul mobile qui le fait agir en cela; et que s'il en résulte un avantage pour l'aîné, c'est un hasard dont celui-ci doit profiter, non une donation qu'il soit tenu de rapporter aux légitimaires, parceque la Légitime ne peut affecter que les titres qui sont, suivant l'expression de Lebrun, *d'une libéralité propensée*.

Il en serait néanmoins tout autrement dans les coutumes de la Flandre flamande, qui ne donnent les fiefs acquêts aux aînés, qu'à la charge de rapporter à l'hérédité mobilière les deniers du prix que ces biens ont coûté au défunt. Ces deniers sont sujets à la Légitime dans les coutumes citées, parceque les puînés en auraient une portion virile s'ils succédaient; et qu'en général, tout ce qui se rapporte à la succession, doit être rapporté à la Légitime.

III. Lorsque le père, dans les coutumes qui le permettent, a disposé au profit d'un étranger ou de l'un de ses enfans, du bien que l'aîné aurait pris hors part *ab intestat*, ce bien ne sort-il pas de la classe ordinaire des préciputs, et ne devient-il pas sujet à la Légitime?—Voët soutient l'affirmative; mais son avis nous paraît contraire aux principes admis sur cette matière. Qu'importe que, par la disposition du père, le bien perde à l'égard de l'aîné sa qualité de préciput? En est-il moins vrai qu'il aurait appartenu hors part à l'aîné, en cas d'ouverture de la succession *ab intestat*? En est-il moins vrai que les puînés n'auraient eu rien à y prétendre dans la même hypothèse? En est-il moins vrai que la Légitime n'est qu'une portion de ce qu'aurait eu le légitimaire, si le défunt n'avait disposé ni entre-vifs ni par acte de dernière volonté? Et, pour tout dire en peu de mots, si, comme on l'a démontré ci-devant, les propres auxquels un ascendant ne succède pas, ne deviennent point sujets à sa Légitime par la donation ou le legs que le fils en fait à un étranger, pourquoi la disposition que ferait

Source : BIU Cujas

un père d'un bien que son aîné aurait recueilli par préciput dans la succession *ab intestat*, assujettit-elle ce bien à un retranchement dont il est affranchi par sa nature ?

IV. C'est une grande question si, dans les coutumes où les qualités d'héritier et de légataire sont incompatibles, un aîné institué légataire universel par son père, contribue, sur son préciput, à la Légitime de ses frères et de ses sœurs, ou s'il n'est obligé de la leur fournir que sur les biens dans lesquels ils auraient partagé également avec lui, en cas d'ouverture de la succession *ab intestat*.

Ce dernier parti a été embrassé par M. Pussort, conseiller d'état, dans un jugement arbitral rendu sur la fin du dernier siècle, entre M. de Seignelay, secrétaire d'état, et ses frères. — M. de Seignelay était légataire universel de M. Colbert, son père; « et il a été jugé (dit Lebrun), qu'il devait faire part avec préciput dans la Légitime qu'il était obligé de fournir à ses frères, et qu'on ferait une déduction et distraction de son droit d'aînesse, après quoi la Légitime serait payée sur le surplus des biens ». — Les motifs de cette décision nous paraissent très judicieux. « Le premier est (dit encore Lebrun), que quand les puînés poursuivent leur Légitime contre leur aîné, il ne leur appartient à Paris que la moitié de ce qu'ils auraient eu *ab intestat*, suivant l'art. 298 de la coutume : or, ils n'auraient eu que le tiers dans les fiefs, selon le nombre des enfans, les deux autres tiers et le principal manoir demeurant à l'aîné : ainsi, ils ne doivent avoir que la moitié de ce tiers dans les fiefs. — Le second est . . . . . que le préciput n'est point donné au préjudice de la Légitime. Il n'y a que les donations qui sont faites au préjudice de la Légitime, qui souffrent le retranchement et qui entrent dans la masse des biens. . . . . Or, on ne peut pas dire que, jusqu'à concurrence du droit d'aînesse, le legs universel fait à l'aîné, soit fait en fraude de la Légitime des puînés ; ainsi, il n'y a que le surplus du legs qui doive entrer dans la masse des biens, et, à plus forte raison, qui puisse souffrir le retranchement de la Légitime ».

Bourjon et l'annotateur de Lebrun combattent vivement cet avis ; mais leurs raisons, quoique très spécieuses, ne sont pas assez solides pour balancer celles que nous venons d'exposer.

« Premièrement (disent-ils), lorsque la loi donne un préciput et des portions avantageuses, c'est à l'aîné héritier, et non à l'héritier renonçant : pourquoi donnerait-on à l'aîné les avantages que la loi lui donne comme héritier, lorsqu'il renonce à la succession pour accepter le legs ? »

Réponse. L'aîné, légataire universel, ne prend pas les biens dont il s'agit, par droit d'aînesse ; il les prend à titre de legs ; mais cela n'empêche pas qu'ils ne soient exempts de la contribution à la Légitime des puînés : car pour régler les droits des légitimaires, on doit considérer la succession comme ouverte *ab intestat* ; on doit par conséquent supposer que l'aîné est héritier, et qu'il prend à ce titre le préciput que la coutume lui donne.

« Secondement, la loi, par l'établissement de ces droits en faveur de l'aîné, n'a voulu que remédier à l'imprévoyance de l'homme qui, en négligeant le soutien de son nom, ne donnerait pas à celui qui en est chargé, le moyen de le faire : mais lorsqu'il l'a fait, et qu'il l'a fait dans toute l'étendue que la loi lui permettait de le faire, l'intention de la loi est remplie, et par conséquent sa disposition ne doit plus avoir lieu ».

Réponse. Tout ce qui résulte de là, c'est que l'aîné, légataire universel, ne peut prendre qu'à titre de legs les biens compris dans son préciput : mais, on l'a déjà dit, les legs ne sont sujets au retranchement qu'autant qu'ils nuisent à la Légitime ; et, pour nous servir encore des termes de Lebrun, *on ne peut pas dire que jusqu'à concurrence du droit d'aînesse, le legs fait à l'aîné soit en fraude de la Légitime des puînés.*

« Troisièmement, les qualités de légataire et d'héritier sont incompatibles, et la loi a établi cette incompatibilité, abstraction faite des biens ; pourquoi, par rapport aux fiefs, l'aîné réunirait-il les effets de ces qualités ? »

Réponse. L'aîné ne réunit point, dans notre espèce, les effets de la qualité d'héritier et ceux de la qualité de légataire : il ne faut pas supposer cette réunion pour soustraire son préciput au retranchement de la Légitime ; il suffit pour cela, comme on vient de le voir, que son préciput soit confondu dans le legs, et que le legs ne soit pas inofficieux à cette concurrence.

« Quatrièmement, il est vrai que la Légitime est la moitié de la portion héréditaire que le légitimaire eût eue, cessant la disposition de l'homme : or, il est sensible que par-là, la loi entend la moitié d'une portion virile, et dans tous les biens, puisqu'elle n'excepte rien ; c'est donc agir contre la loi, que d'affranchir une portion de ces biens de la Légitime des puînés. Pourquoi la fixation de la Légitime ne peut-elle avoir un autre sens qu'une moitié intégrale ? C'est que, par une disposition générale, *le mort saisit le vif*, c'est-à-dire que chacun est saisi de la portion virile ; et si ensuite la loi, en particularisant sa disposition générale, donne à l'aîné une portion avantageuse dans les fiefs, ce n'est qu'une modification de la loi générale ; mais modification que la loi n'a établie qu'en faveur de l'aîné héritier, et non pour augmenter l'effet d'un legs inofficieux, que la loi même retranche pour donner la Légitime aux puînés ; modification et exception qui ne peuvent avoir lieu que dans le cas que la loi adopte ».

Réponse. Si la loi dont parle Bourjon, c'est-à-dire, la coutume de Paris, avait voulu fixer la Légitime à la moitié d'une portion virile, elle l'aurait exprimé : or, non seulement elle ne l'exprime pas, mais elle déclare formellement *que la Légitime est la moitié de telle part et portion que chacun enfant*

Source : BIU Cujas

eût eue en la succession, si les pères et mères ou autres ascendans n'eussent disposé. Ce n'est donc que sur la portion *ab intestat* qu'il faut déterminer le montant de la Légitime; et les dispositions qui entament cette portion, sont les seules qui doivent souffrir le retranchement. Qu'importe, que ce soit par forme de modification ou d'exception, que la coutume donne un préciput et une portion avantageuse à l'aîné? Au moins faut-il convenir que cette modification ne cesse que par les dispositions du père : or, pour régler la Légitime, il faut considérer ces dispositions comme si elles n'existaient pas : la coutume elle-même nous en a fait une loi; on doit donc supposer pareillement à la modification tout l'effet qu'elle produit ordinairement, et, par une conséquence nécessaire, regarder l'aîné comme prenant son droit d'aînesse à titre d'héritier.

« Cinquièmement, quoique l'aîné, lorsqu'il est héritier, ne contribue pas plus aux dettes que les puînés, il y contribue cependant, lorsqu'il est légataire universel, à proportion de tout son émolument, c'est-à-dire, à proportion du montant de son droit d'aînesse, comme des autres biens dont il profite en vertu de son legs. Il n'est donc pas possible que les dispositions de la loi et les dispositions de l'homme puissent agir tout ensemble pour l'aîné ».

Réponse. Encore une fois, nous ne prétendons pas que l'aîné puisse prendre et la moitié des portions des puînés à titre de legs, et son droit d'aînesse en vertu de la loi; mais nous soutenons que, pour déterminer la Légitime de ses frères, il faut supposer qu'il n'est point légataire, qu'il se porte héritier, et qu'il recueille à ce titre son préciput et sa portion avantageuse : cette supposition n'a rien d'absurde, et la coutume elle-même l'autorise par ces termes de l'article cité : *Si les père et mère ou autres ascendans n'eussent disposé.*

« Sixièmement, puisque l'aîné, légataire universel, paye les dettes à proportion de son émolument, et sans déduction de son droit d'aînesse, pourquoi ne contribuerait-il pas aussi à la Légitime, à raison de ce même préciput » ?

Réponse. « La raison de différence (c'est Lebrun qui parle) est que, pour obliger l'aîné, qui est légataire universel, au paiement des dettes, il ne faut point le considérer comme héritier, et il suffit qu'il y ait un titre universel de légataire; mais, pour lui faire fournir la Légitime à ses puînés, il faut nécessairement le considérer comme héritier, parcequ'il faut qu'il fasse part dans la supputation de la Légitime : ainsi, en ce dernier cas, il a son préciput ».

Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent sur le préciput d'aînesse, s'applique également au préciput de maîneté, connu principalement dans les coutumes de Cambresis, du chef-lieu de Valenciennes et de la châtellenie de Lille. *V. Maîneté.*

V. Second cas. Quand l'hérédité n'est composée que du bien dévolu à l'aîné pour son droit d'aînesse, ou au cadet pour son droit de maîneté, ce bien, si l'on s'attachait strictement à la rigueur des règles, ne devrait aucunement entrer dans la contribution à la Légitime; en sorte qu'alors les légitimaires seraient réduits à un vain titre, et n'auraient rien à recueillir de la succession de leur père et de leur mère. — Cette jurisprudence serait rigoureuse et peut-être barbare, mais elle serait conforme aux règles de la matière; les magistrats seraient forcés de la suivre, et ne pourraient qu'employer leurs sollicitations auprès du législateur, pour en obtenir la réformation.

C'est sous ce point de vue que la cour souveraine de Mons envisagea autrefois cet objet. Le marquis de Treslon n'avait laissé que des fiefs; et ils étaient situés en Hainaut, dont la coutume, connue sous le nom de *chartes générales*, défère entièrement ces sortes de biens aux mâles, sans que les filles y puissent rien prétendre : la fille aînée de ce seigneur, voyant son frère en possession de tout le patrimoine de l'auteur commun de leurs jours, se crut fondée à lui demander des alimens : elle s'adressa pour cet effet au conseil privé de Bruxelles, qui, avant faire droit sur sa requête, demanda l'avis de la cour de Mons : les membres de ce tribunal répondirent qu'elle devait être déboutée, par un argument à sens contraire de l'art. 9 du ch. 31 des chartes générales, lequel porte que, « si les enfans nés auparavant ou après avis de père et mère, ne sont partagés avant les trépas desdits père et mère, ils pourront prétendre partage, SI AVANT QUE PAR LA LOI LEUR PEUT APPARTENIR, comme s'il n'y eût eu avis ». Néanmoins le conseil privé de Bruxelles rejeta cet avis, et accorda à la demoiselle de Treslon les alimens qu'elle demandait : l'arrêt est de l'année 1664. — Dix ans après, le 11 janvier 1674, une autre fille du défunt obtint de la cour souveraine de Mons elle-même, un arrêt conforme à celui de sa sœur.

Le parlement de Rouen a jugé la même chose, et à peu près dans le même temps. L'art. 279 de la coutume de Normandie porte que *les père, mère, aïeul, aïeule ou autres ascendans, peuvent disposer du tiers de leurs héritages et biens immeubles assis au bailliage de Caux, à leurs enfans puînés..., demeurant néanmoins le manoir et pourpris en son intégrité au profit de l'aîné, sans qu'il en puisse être disposé à son préjudice, ni qu'il soit tenu en faire récompense auxdits puînés.* Voici comment s'explique Basnage sur cet article : « Si ce manoir et pourpris fait tout le bien de la succession, l'aîné pourra-t-il le retenir, sans en faire aucune part ou récompense à ses puînés? L'équité ne le souffrirait pas, la Légitime des autres enfans étant plus favorable que ce droit d'aînesse. Dans la succession d'un nommé La Molière, il ne se trouva qu'une masure ou enclos; l'aîné, qui avait un frère et une sœur, prétendait la retenir pour son préciput, sans en faire récompense. Le frère et la sœur répondaient que la Légitime était un droit plus ancien que celui des aînés; que quand

Source : BIU Cujas

la coutume avait déchargé l'aîné de faire une récompense, elle avait présupposé qu'il restait d'autres biens; car s'il n'y a d'autres biens, il ne pouvait y avoir d'avant-part ni de préciput.... Par arrêt en la grand'chambre, du 14 février 1667, la cour régla le préciput comme un fief, et jugea qu'il appartiendrait à l'aîné, à la charge de la provision à vie du puîné, qui serait tenu de contribuer à proportion au mariage avenant de la sœur, laquelle, en cette rencontre, comme au cas d'un fief, est d'une condition plus avantageuse que les frères ».

L'esprit d'équité qui a dicté ces trois arrêts, a également présidé à la rédaction de quelques unes de nos lois municipales. L'ancienne coutume de Bretagne ordonne, art. 547, que l'aîné aura par préciput *le manoir principal ès fiefs nobles qui se sont gouvernés noblement le temps passé..., pourvu qu'il y ait de celui héritage si grande quantité, qu'il valût tant que compétence, portion ou pourveance en pût être faite entre frères et sœurs.*

Suivant l'art. 13 de la coutume de Montfort, « quand à un fief n'y a aucun manoir principal, ains seulement terres labourables, le fils aîné peut avoir un arpent de terre, en tel lieu qu'il voudra élire, par préciput, au lieu dudit manoir, *pourvu qu'il y ait autres héritages que ledit arpent* ».

L'art. 48 de celle de Reims contient virtuellement la même disposition : « Si en ladite succession directe, n'y a qu'un hôtel tenu en fief, ET Y AIT AUTRES HÉRITAGES tenus en roture, le fils aîné, pour son droit d'aînesse, prend entièrement et par préciput tel hôtel ou manoir ».

La coutume de Melun s'explique encore plus précisément là-dessus : « Si en la succession (dit-elle, art. 88), n'y avait héritages en fief ou roture, qu'un manoir ou accroît tenu en fief, la moitié dudit manoir appartiendra à l'aîné, et l'autre moitié aux puînés, s'ils sont plus de deux : et s'ils ne sont que deux enfans, l'aîné en prendra les deux tiers, et le puîné l'autre tiers ».

C'est aussi ce que porte l'art. 96 de la coutume d'Orléans : « Si ès successions de père et mère, aïeul ou aïeule, il y a un fief, soit en la ville ou aux champs, consistant seulement en un manoir, ou bien en un manoir avec basse-cour et enclos d'un arpent, sans autres appartenances ne autres biens immeubles, audit fils aîné appartiendra la moitié dudit manoir, basse-cour et enclos, et l'autre moitié appartiendra aux autres enfans : et s'il n'y a que deux enfans, le fils aîné y prendra les deux tiers, et l'autre enfant l'autre tiers ».

VI. La disposition la plus remarquable qu'il y ait sur cette matière dans nos lois municipales, est celle de l'art. 17 de la coutume de Paris; en voici les termes : « Si ésdites successions de père et mère, aïeul, ou aïeule, il y a un seul fief consistant seulement en un manoir, basse-cour et enclos d'un arpent, sans autre appendances ni autres biens, audit fils aîné seul appartient ledit manoir, basse-cour et enclos comme dessus; sauf toutefois aux autres enfans leur droit de Légitime..... à prendre sur ledit fief : et où il y aurait autres biens qui ne fussent suffisans pour fournir lesdits droits aux enfans, le supplément de ladite Légitime se prendra sur ledit fief ».

VII. On élève communément trois questions sur ce texte : la première est de savoir sur quel pied doit être réglée la Légitime des puînés, lorsque la succession n'est absolument composée que d'un manoir féodal; la seconde, comment doivent s'entendre ces termes de la coutume, *et où il y aurait autres biens qui ne fussent suffisans*, etc. : la troisième, si le manoir féodal, qui forme toute l'hérédité *ab intestat*, doit fournir la Légitime des puînés avant les biens dont le défunt a disposé à titre gratuit.

VIII. Il y a sur la première question trois avis différens.

Le premier est celui de Dumoulin, d'Argou et de Bourjon, qui pensent que, dans le cas dont il s'agit, les puînés doivent avoir pour leur Légitime, la moitié de ce qu'ils auraient eu, si le manoir n'avait pas été tenu en fief.

Le second, adopté par Lebrun, est « qu'il faut faire un partage féodal du fief, dans lequel l'aîné ait sa plus grande portion sans autre préciput, parcequ'on ne doit détruire que par degrés un établissement qui est fait pour le maintien des familles; et que, lorsqu'on ne donne pas un principal manoir à l'aîné, comme son préciput, il faut au moins lui en faire un partage féodal, puisque c'est un véritable fief ». — Cette opinion est, comme on le voit, calquée sur les articles des coutumes de Melun et d'Orléans, rapportés ci-dessus.

Le troisième avis est celui de Ricard : voici comment il s'explique sur l'art. 17 de la coutume de Paris : « La seconde opinion (qui est celle de Lebrun), me semble plus raisonnable que la première, parcequ'elle réduit davantage les choses au droit commun. Et en effet, cet art. 17 faisant perdre au manoir sa véritable qualité, pour faire que l'aîné ne la prenne pas entièrement pour son préciput, il faudrait encore une autre disposition pour lui ôter celle de fief et empêcher qu'il n'y prenne ses autres prérogatives d'aînesse, le droit commun demeurant toujours en sa vigueur, sinon en tant qu'il y est particulièrement dérogé. Mais je n'estime pourtant pas que notre question doive être entièrement décidée par la disposition de la coutume de Melun, qui laisse aux puînés leur portion héréditaire, au lieu que la coutume de Paris ne leur donne qu'un simple droit de Légitime; de sorte qu'en suivant le même principe, je ne crois pas que les puînés puissent prétendre autre chose que la moitié de ce qui leur

Source : BIU Cujas

aurait appartenu *ab intestat* dans la maison, en la dépouillant de la qualité de manoir, et en lui laissant celle de fief; ma pensée étant, en un mot, que les puînés ne doivent avoir, aux termes de notre article, que la Légitime telle qu'ils l'obtiendraient dans un fief sans manoir, si le père en avait disposé au profit de l'aîné, qui ne serait, par l'art. 298, que la moitié de leur portion héréditaire ».

Cette opinion est suivie par Lemaître, Pothier, et elle est sans contredit la plus juridique des trois: cependant l'équité de la première et les embarras qu'elle évite, pourraient peut-être la faire préférer; au moins est-il certain qu'elle serait admise dans les coutumes qui, sans distinguer le préciput de la portion avantageuse, donnent tous les fiefs aux enfans mâles, à l'exclusion des filles.

IX. Mais comment faut-il entendre ces termes de l'art. 17 de la coutume de Paris, *et où il y aurait autres biens qui ne fussent suffisans pour fournir lesdits droits aux enfans, le supplément de ladite Légitime se prendra sur ledit fief?* C'est la seconde des questions proposées.

Ricard est d'avis qu'il faut entendre ce texte, comme si après les mots, *pour fournir lesdits droits aux enfans*, se trouvaient ceux-ci, *eu égard à la portion qui leur revient dans le manoir même, suivant l'opinion établie ci-devant.* — Pothier pense de même. « La coutume de Paris (dit-il), ne décide pas en quoi consiste la Légitime dans cette espèce: mais ayant établi dans l'art. 298, que la Légitime d'un enfant est la moitié de la portion qu'il aurait, sans les donations entre-vifs et testamentaires qui y font obstacle, il est facile de conclure que la Légitime dont elle entend parler dans l'art. 17, est la moitié de ce que chaque puîné aurait, tant dans le manoir considéré seulement comme bien noble, que dans les autres biens de la succession, sans la disposition de cet article, qui, en donnant le manoir entier, fait obstacle à leur Légitime. Par exemple, il y a dans la succession un manoir de 15,000 liv., 1500 livres d'autres biens féodaux, 1000 liv. de biens ordinaires, et deux enfans. La Légitime du puîné est pour la moitié de sa part dans les biens ordinaires, 250 liv.; pour la moitié de son tiers dans les biens féodaux, 250 l.; pour la moitié de son tiers dans le manoir, 2,500 l. ce qui fait en tout 3000 liv. L'aîné qui retiendra le manoir, sera donc obligé, pour fournir la Légitime de son puîné, de lui abandonner le surplus des biens, qui monte à 2,500 liv., et de lui fournir encore sur son manoir 500 liv. pour compléter la somme de 3000 liv., à laquelle monte la Légitime ».

Cette interprétation paraît simple, naturelle et conforme à la lettre de la coutume; mais elle est trop générale, en ce qu'elle tend à faire entrer indistinctement le préciput d'aînesse dans la supputation de la Légitime; ce qui est directement contraire à l'art. 298, suivant lequel la portion légitimaire n'est qu'une quotité de la portion *ab intestat*. Si l'art. 17 déroge à ce principe, en soumettant le manoir féodal à la Légitime, c'est par une exception qu'autorise le défaut d'autres biens, et que nécessite la faveur des alimens dus aux puînés: et comme les exceptions ne doivent jamais être étendues à d'autres cas que ceux pour lesquels elles ont été introduites, il faut dire avec Lebrun, « que cette dernière partie de l'art. 17 se doit entendre d'autres biens qui soient de si peu de valeur, qu'il soit toujours vrai de dire qu'il n'y a qu'un fief dans la succession, comme de quelques petits meubles ».

Cette interprétation s'adapte, pour ainsi dire, d'elle-même à l'art. 141 de la coutume de Valenciennes, portant, au sujet du droit de maîneté, que *si les autres biens de père et mère respectivement n'étaient suffisans pour la Légitime des autres enfans, icelle se prendra sur ladite maîneté.*

X. La troisième question, qui est de savoir si le préciput de l'aîné doit fournir la Légitime avant les biens dont le défunt a disposé à titre gratuit, ne présente pas autant de difficultés que les deux précédentes. Ricard et Lebrun la résolvent par une distinction fort simple; ou le défunt a disposé en faveur d'étrangers, ou il l'a fait au profit de quelques uns de ses enfans.

Dans le premier cas, l'aîné ne peut soustraire son préciput au retranchement de la Légitime, parcequ'il est de règle de faire contribuer les biens trouvés dans la succession *ab intestat*, avant qu'on puisse inquiéter les donataires. Il est vrai, observe Ricard, que ce retranchement ne s'opère pas directement, parceque les puînés ne peuvent pas se pourvoir de plein droit sur l'avantage dont la coutume gratifie leur frère; mais il se fait par un circuit réel ou feint, et cela revient au même. A la rigueur, les puînés devraient commencer par agir contre les donataires; ceux-ci auraient leur recours contre l'aîné, comme seul héritier du donateur; et l'aîné serait obligé de leur rendre ce qu'ils auraient fourni aux légitimaires. Pour éviter ces circuits, on admet une fiction *brevis manûs*; et en conséquence on autorise les poursuites directes des puînés sur le préciput de leur frère.

Au second cas, c'est-à-dire, lorsque les donataires sont du nombre des enfans, leurs donations doivent être retranchées avant le préciput de l'aîné; autrement elles préjudicieraient au droit d'aînesse, en l'assujettissant à l'action des légitimaires; et il résulterait de là une espèce de translation du droit d'aînesse, toujours défendue entre enfans.

Cette raison est sans réplique pour le droit commun; mais elle ne peut s'appliquer au petit nombre de coutumes qui permettent au père de disposer en faveur d'un cadet, du préciput que la loi donne à l'aîné de ses enfans dans sa succession *ab intestat*: ainsi, dans ces coutumes, il faut tenir indistinctement, que les donations faites aux enfans ou aux étrangers, ne sont soumises au retranchement de la Légitime qu'après le préciput de l'aîné.

Source : BIU Cujas

XI. Il nous reste à examiner si, dans les coutumes muettes, on doit donner une Légitime aux puînés sur le droit d'aînesse. Nous avons déjà dit que la négative serait l'opinion la plus régulière ; et nous trouvons dans le recueil de Papon, un arrêt qui l'a adoptée formellement pour l'ancienne coutume de Montfort. Un père n'avait laissé pour toute succession qu'un manoir féodal ; « l'aîné s'en saisit : les frères lui font querelle, et disent que la coutume ne s'entend point quand il n'y a que l'hôtel, mais seulement quand il y a du bien outre ledit préciput, pour être laissé aux autres, qu'autrement contre la loi divine et humaine, ils demeureraient exhérédés ; et requièrent que l'aîné se contente de la moitié et leur laisse l'autre. L'aîné se tient aux termes de la coutume, sans s'en vouloir départir..... Ce doute tint le bureau environ quinze jours, pour la grande dispute des opinions au parlement de Paris. A la fin fut donné arrêt pour l'aîné, le 25 de mai 1555, au rapport de M. Tiraqueau ».

La rigueur de cette décision frappa tellement les réformateurs de la coutume de Montfort, qu'ils se crurent obligés d'y apporter une dérogation particulière ; c'est ce qu'ils firent, en ordonnant par l'article rapporté ci-dessus, que l'aîné aurait pour son préciput un manoir féodal ou un arpent de terre, *pourvu qu'il y eût autres héritages.*

Cette disposition a été, comme on l'a vu plus haut, n. 5, insérée depuis dans plusieurs autres coutumes, et elle passe actuellment pour une maxime universellement reçue. Loysel en a même fait une règle de droit coutumier ; voici comment il s'exprime, liv. 4, tit. 3, art. 65 : « Quand le fief consisterait en un hôtel, il (l'aîné) le prendrait entier lui seul, la Légitime des autres sauve ».

Question VI. *Le douaire des enfans du premier lit est-il sujet à la Légitime des enfans du second lit ?*

I. Pour traiter cette question dans toutes ses branches, il faut l'examiner, 1° par rapport au douaire accordé aux enfans par la coutume, ou par un contrat de mariage calqué sur la coutume ; 2° par rapport au douaire stipulé en faveur des enfans, dans les coutumes qui ne le leur donnent pas de plein droit ; 3° par rapport au douaire élevé par une clause particulière à un taux qui excède celui de la coutume.

II. Le douaire accordé aux enfans d'un premier lit, soit par la coutume, soit par une stipulation conforme à la coutume, n'est point sujet à la Légitime des enfans du second lit. La raison en est que ce droit n'est point une donation, mais une convention matrimoniale, et par conséquent un titre onéreux.

A cette assertion qui est adoptée par Lebrun dans son *Traité des Successions*, et par Berroyer, dans ses notes sur les arrêts de Bardet, on oppose communément trois objections.

La première consiste à dire que le douaire est parmi nous, ce qu'était chez les Romains la donation à cause de nôces ; que par conséquent c'est une libéralité du mari à sa femme et du père aux enfans ; et qu'ainsi, il doit souffrir la distraction de la Légitime. — Deux réponses.

1° Il est faux qu'il y ait le moindre rapport entre la donation à cause de nôces des Romains, et le douaire adopté par nos coutumes. Le seul point dans lequel ces deux droits se ressemblent, est l'hypothèque subsidiaire qui a lieu pour l'un comme pour l'autre sur les biens substitués : mais de ce que les arrêts ont étendu au douaire le privilège accordé par la novelle 39 à la donation à cause de nôces, s'ensuit-il qu'on les ait regardés comme une même chose ? Non sans doute ; tout ce qu'on peut en conclure, c'est que le douaire est au moins aussi favorable que la donation à cause de nôces. Du reste, le douaire est dû à la femme, soit qu'il ait été stipulé, ou non ; il ne peut être révoqué, augmenté, ni diminué après la célébration du mariage ; il ne dépend point du paiement ni de la quotité de la dot, et la femme n'en a jamais que l'usufruit, soit que ses enfans la survivent ou la prédécèdent ; au lieu que la donation à cause de nôces ne pouvait exister que par une stipulation expresse, pouvait être augmentée pendant le mariage, n'avait lieu qu'autant que la dot avait été payée et dans la même proportion, et appartenait toujours en partie, quelquefois même en totalité, à la femme. — Toutes ces différences prouvent nettement qu'on ne peut pas assimiler le douaire à la donation à cause de nôces.

2° Quand l'assimilation de l'un à l'autre droit serait exacte, qu'en résulterait-il ? La novelle 119 décide que la donation à cause de nôces n'est point une libéralité proprement dite, mais un *contrat particulier*, et qu'en conséquence elle ne doit point être assujettie à la formalité de l'insinuation. *Sponsalitiam largitatem contractum specialem esse et judicari, et non aliis donationibus eam connumerari per præsentem sancimus legem : quoniam pro eâ æqualitas dotis offertur. Sive igitur fiat sub gestis monumentorum ejus insinuatio, sive etiam non, jubemus eam per omnia suum robur habere.* — Ainsi le rapport du douaire à la donation à cause de nôces, se retorquerait contre les partisans de la Légitime des enfans du second lit.

La seconde objection est tirée de la note de Dumoulin sur l'art. 137 de l'ancienne coutume de Paris : ce jurisconsulte y établit que l'ingratitude d'un enfant envers son père doit le faire priver du douaire, parceque c'est sur les biens du père que se prend ce gain. *Fallit si liberi sint ingrati ut possint exheredari, quia tunc privari donario* (*auth.* neque, C. de secundis nuptiis.) *Et tunc spectat ad patrem privare, et ingratitudo erga eum attenditur à quo dos vel lucrum proficiscitur.* On infère de là que Dumoulin a considéré le douaire comme une donation du père à ses enfans, puisque, dit-on, si c'était une pure

Source : BIU Cujas

dette, ils ne pourraient pas en être privés pour cause d'ingratitude.

Mais, 1° on sait que les notes posthumes de Dumoulin ne sont que des matériaux informes qu'il avait préparés pour un ouvrage complet et méthodique sur tous les titres de la coutume de Paris. Si cette circonstance ne suffisait pas pour diminuer l'autorité de ces notes, au moins les erreurs qui renferment celles qui concernent le douaire, devraient empêcher qu'on ne s'en prévalût ici. En effet, sur l'art. 135, Dumoulin dit que le douaire coutumier n'est point dû à la femme dont la dot n'a point été payée; personne cependant ne doute du contraire. Sur l'art. 137, c'est-à-dire, dans le passage que nous venons de transcrire, il cite une prétendue authentique *neque*, qui ne se trouve ni dans le titre *de secundis nuptiis*, ni ailleurs.

2° Il est vrai, comme le décide cet auteur, qu'un enfant ingrat envers son père, peut être privé du douaire : mais peut-on conclure de là que le douaire soit pour le premier une libéralité du second ? L'ingratitude d'un fils peut le faire priver de sa Légitime, et même du droit de sépulture dans le tombeau de ses ancêtres. La Novelle 115 et la loi 6, D. *de religiosis et sumptibus funerum*, mettent ces deux points en évidence : dira-t-on pour cela que la Légitime et le droit de sépulture sont des donations d'un père envers ses enfans?

3° Dumoulin lui-même était persuadé que le douaire est un titre onéreux, tant pour la femme que pour les enfans. Il demande, sur l'art. 141 de la coutume de Paris, si ce droit s'éteint dans la personne de la femme par la destruction de la maison sur laquelle il était affecté ? Voici ce qu'il répond : *Respondi non finiri usumfructum, sed manere in aread, si velit vidua, quia datus est in recompensam... Non obstat lex* repeti, §. 1, D. quib. mod. usufruct. amitt.; *quia loquitur in lucrativo usufructu.* A l'égard des enfans, il dit, sur l'art. 138, que le droit d'aînesse n'a point lieu entre eux sur leur douaire, parcequ'ils le tiennent de la coutume à titre de créance, *quia consuetudo dat jure contractûs.* — Il répète la même chose sur l'art. 112 de la coutume de Valois, *quia capiunt jure contractûs.*

La troisième objection est que le droit d'aînesse est sujet à la Légitime, au défaut d'autres biens; que l'équité qui a introduit ce point de jurisprudence, milite également à l'égard du douaire; et que, par conséquent, il doit y être adapté.

On répond, 1° que l'art. 17 de la coutume préfère également le douaire et la Légitime au droit d'aînesse; qu'il n'y a aucun texte qui fasse marcher la Légitime avant le douaire; qu'au contraire, les art. 253 et 254, préférant le douaire des enfans du premier lit à celui des enfans du second lit, font assez entendre que la même préférence doit avoir lieu contre la Légitime de ces derniers, puisque le douaire tient lieu de Légitime. — C'est d'ailleurs ce qui résulte de la maxime, *si vinco vincentem te, à fortiori te vinco*; car le douaire est préféré aux dettes postérieures à la célébration du mariage, et l'on a déjà vu que les dettes sont toujours préférées à la Légitime.

2° La coutume n'admet qu'un droit d'aînesse, quoiqu'il y ait des enfans de plusieurs lits; elle le donne même à l'aîné mâle d'un second mariage, lorsqu'il n'y a que des filles du premier. Il ne faut donc pas s'étonner si ce droit a été soumis à la Légitime de tous les enfans; ce tempérament était indispensable pour éviter une inégalité monstrueuse dans le sort de plusieurs enfans d'un même père. Il n'en est pas de même du douaire; le père multiplie ce droit autant de fois qu'il se marie. Les enfans de chaque lit ont le leur, et les filles y ont la même part que les garçons.

3° Le droit d'aînesse est un avantage réel, une donation véritable que fait la coutume à l'enfant mâle. Le douaire est un titre onéreux, dans toute l'énergie de ce terme; nous l'avons déjà fait voir par l'autorité de Dumoulin, et l'on en trouvera une preuve raisonnée dans ce qu'on a dit à l'article *Douaire.*

A toutes ces raisons se réunit un arrêt du 27 mars 1629, qui a jugé *in terminis*, que les enfans du second lit n'ont point droit de Légitime sur le douaire des enfans du premier lit. En voici l'espèce telle que la rapporte Bardet, tome 1, liv. 3, chap. 37. — Samuel de Pérelle avait constitué à Catherine Barbé, sa première femme, un douaire préfix de 1500 livres, conformément à la coutume : de ce mariage étaient nés deux enfans, Antoine et Hélène. Catherine Barbé étant morte, Samuel de Pérelle s'était remarié avec Marie Godefroy, et en avait eu trois enfans. Antoine de Pérelle mourut dans cet intervalle. Après le décès du père, Marie Godefroy fut nommée tutrice de ses enfans, et, en cette qualité, assignée par Hélène de Pérelle, pour lui payer les 1500 livres promises pour douaire à Catherine Barbé sa mère. La cause portée aux requêtes du palais, on soutint pour la veuve, que la fille du premier lit ne pouvait prétendre que la moitié de la somme demandée par elle, parcequ'Antoine de Pérelle, son frère, était mort avant le père, et que son prédécès avait éteint la moitié du douaire; qu'en tout cas, le défunt ayant laissé très peu de biens, ce douaire devait contribuer à la Légitime des enfans du second lit. « Sur quoi (dit Bardet), messieurs des requêtes condamnèrent ladite Godefroy au paiement des 1500 livres, sans aucune diminution ni distraction pour la Légitime, ni autrement; dont ladite Godefroy ayant interjeté appel...., la cour mit l'appellation au néant sans amende; ordonna que la sentence dont était appel sortirait son plein et entier effet, sans dépens ».

S'il en faut croire Tronçon sur l'art. 254 de la coutume de Paris, il y avait dans l'espèce de cet arrêt une circonstance particulière. Suivant lui, les enfans de Marie Godefroy avaient renoncé à la

Source : BIU Cujas

succession du père commun, et il résultait de là une fin de non recevoir contre eux, au moins dans l'opinion de ceux qui regardent la qualité d'héritier comme une condition essentielle pour demander la Légitime. — Mais Berroyer prouve clairement que cet auteur s'est trompé : « Il est aisé (dit-il), de concevoir qu'il n'y avait point de renonciation. 1° Bardet, dans le récit plus vraisemblable du fait, observe que la fille du premier lit demandait le paiement de son douaire aux enfans du second, qui n'en pouvaient être tenus qu'en qualité d'héritiers du père. 2° si cette renonciation eût été véritable, elle ne pouvait échapper à son exactitude, et aurait donné lieu d'agiter la question de savoir si l'on ne peut pas être légitimaire sans être héritier; ou la mère, tutrice des enfans mineurs du second lit, l'aurait fait cesser par des lettres de rescision. 3° Tronçon demeure d'accord de l'accroissement du douaire jugé par le même arrêt, qui présuppose que les enfans du second lit étaient héritiers; autrement ils auraient été sans intérêt, ne s'agissant que de décider si la portion d'Antoine de Pérelle, fils du premier lit, dans le douaire, devait accroître à sa sœur douairière ou à l'hérédité ».

III. Il y a un grand nombre de coutumes qui ne donnent point de douaire aux enfans, ou, pour dire la même chose en d'autres termes, qui déclarent le douaire de la femme viager. Mais parmi ces coutumes, il en est plusieurs qui permettent de le stipuler propre et transmissible aux enfans. En conséquence, on demande si le douaire dont les enfans du premier lit sont redevables à une pareille stipulation, est sujet à la Légitime de ceux du second lit.

Lebrun décide que non. Celui, dit-il, qui, étant domicilié dans une coutume où le douaire n'est que viager à la femme, le constitue propre à ses enfans à naître, conformément à la coutume de Paris, n'exerce dans ce changement de loi aucune libéralité, il ne fait que choisir une manière de contracter pour faire un titre onéreux. Il ressemble à un homme qui, se mariant en pays de droit écrit, y stipule néanmoins une communauté : certainement l'intention de ce dernier n'est point de faire une donation à sa femme. On ne peut donc pas non plus regarder la conversion du douaire viager en douaire propre, comme une donation faite aux enfans. Le contrat de mariage étant un acte onéreux, les stipulations qui le composent, ne doivent passer pour des libéralités que quand elles sont déclarées telles, ou qu'elles n'ont point d'autre face : or, contracter suivant une coutume plutôt que suivant une autre, ce n'est point donner, quoiqu'il en résulte du profit pour quelqu'un, parcequ'il est très possible et très ordinaire que les conjoints en usent ainsi, par la seule prédilection qu'ils ont pour une coutume, sur-tout quand elle ne s'éloigne pas du droit commun. Dans le mariage, qui est l'action la plus importante de la vie, on a le droit de se soumettre à telle loi qu'on trouve à propos, et c'est ce qui arrive très fréquemment. Qu'un habitant de Lyon, par exemple, vienne se marier à Paris et y continue sa demeure, il est certain que sa femme aura douaire et communauté de plein droit. Le mariage met donc l'homme au-dessus des lois de sa patrie; il lui permet d'y déroger, de s'en former d'autres, et de se constituer en un moment un nouveau domicile et une nouvelle coutume. — Enfin, continue Lebrun, cette question s'étant présentée à la seconde chambre des enquêtes dans la maison de Champlais, et s'agissant de savoir si les enfans d'un second lit pouvaient prétendre une Légitime sur le douaire préfixe constitué à la première femme, et stipulé propre aux enfans dans la coutume du Maine, qui le déclare simplement viager, il a été jugé par arrêt du 3 août 1682, que la Légitime ne devait point avoir lieu au préjudice du douaire des enfans du premier lit, et qu'un homme domicilié au Maine, qui rend, par sa soumission à la coutume de Paris, le douaire propre aux enfans à naître de son mariage, n'est point réputé leur faire une donation.

IV. On peut pousser la question plus loin que ne le fait Lebrun, et demander si, dans les coutumes d'égalité parfaite qui bornent le douaire à la personne de la femme, ce ne serait pas faire aux enfans du premier lit un avantage prohibé, que de leur rendre le douaire propre, et si en conséquence il ne faudrait pas le réduire à une part égale à celle des enfans du second lit, qui prendraient la qualité de légitimaires.

Nous trouvons dans les notes de Berroyer sur Bardet, un arrêt du parlement de Paris, du 30 mars 1683, qui semble préjuger la négative. Cet arrêt « adjuge un douaire de 4000 l. de rente à dame Marie de Ruellan, issue du premier mariage de M. du Tiersan, maître des requêtes, contre les enfans du second lit, qui objectaient, entre autres moyens, l'art. 199 de la coutume de Bretagne, qui défend les donations du père aux enfans; d'où l'on tirait une prohibition indirecte de stipuler le douaire propre, la coutume ne le donnant qu'en usufruit à la femme..... M. l'avocat général de Lamoignon remarqua que quand la stipulation du douaire propre aux enfans, faite à Paris, loi du contrat de mariage et du domicile des mariés, pourrait être considérée comme donation du père en Bretagne, toutefois le douaire passant premièrement à la mère, et étant directement stipulé pour elle, les enfans le pourraient prendre après elle, et profiter de cette stipulation, sans qu'on pût leur objecter la prohibition de l'art. 199, qui ne parle que de donation faite directement par le père à l'enfant; et quoique la stipulation de propre semble directe aux enfans, c'est toujous en considération de la femme qu'il est constitué; elle seule a pu y donner lieu, la jouissance lui en est directement attribuée, et par une suite seulement la propriété aux enfans. — Au surplus (c'est toujours Berroyer qui parle), M. du Tiersan, fils aîné du second lit, attaquait principalement le douaire de la fille du premier

Source : BIU Cujas

lit par le privilège du droit d'aînesse ; et les puînés n'agitaient pas la question de Légitime, mais prétendaient réduire la dame leur sœur à une portion égale à chacun d'eux ».

Quoi qu'il en soit, Hévin (*Consultations* 98, 99 et 100), réprouve absolument la décision de cet arrêt ; et voici comme en parle Perchambaut sur l'art. 200 de la coutume de Bretagne : « Il fut jugé directement contre la raison au parlement de Paris, en faveur de M. du Tiersan, quand on ordonna qu'un douaire serait propre aux enfans pour les biens situés en Bretagne, parceque c'est un don fait à des héritiers, que cette coutume a réprouvé ».

Si l'arrêt a bien jugé, on peut, ce semble, en conclure que, même dans les coutumes d'égalité parfaite, on peut, par une stipulation particulière, rendre propre le douaire qu'elles déclarent viager, sans être censé avantager les enfans du premier lit, et conséquemment sans donner ouverture à une demande en Légitime de la part des enfans du second lit sur les biens compris dans ce droit.

Si au contraire la critique que font de cet arrêt Hévin et Perchambaut, est exacte, la stipulation dont il s'agit doit être regardée comme une donation sujette à la Légitime.

Ce dernier parti a été adopté, même au parlement de Paris, par un arrêt rendu le 16 mars 1764, au rapport de M. Berthelot de Saint-Alban, conseiller à la troisième chambre des enquêtes. — « Dans le fait (nous parlons d'après l'additionnaire de Lebrun), Nicolas d'Haussonville, connu sous le nom de comte de Vaubecourt, a été marié deux fois. De son premier mariage avec Charlotte de Vergeur, sont issus, entre autres enfans, Charlotte d'Haussonville et Anne-Françoise d'Haussonville. Du second mariage avec Claire Guillaume, sont nés, entre autres enfans, Louis, François et Marie d'Haussonville. — Par le contrat de mariage de Nicolas d'Haussonville avec Charlotte de Vergeur, cette dernière est douée de 3000 livres de rente de douaire préfixe, si mieux elle n'aime prendre et opter le coutumier, *lequel douaire*, ajoute-t-on, *tel que choix sera, demeurera propre aux enfans provenans dudit mariage, pour d'icelui jouir suivant la coutume de Paris.* — Les enfans du premier lit ont renoncé, pour s'en tenir au douaire coutumier; ceux du second lit répètent leur Légitime. — Sentence des requêtes du palais, du 30 mars 1760, qui, quoique favorisant les enfans du premier lit, a donné lieu, par la singularité de ses dispositions, à l'appel de toutes les parties. — Il est important d'observer que tous les biens du comte de Vaubecourt étaient régis par les coutumes de Metz, Verdun, Bar, Vitry, Châlons et Sens, toutes coutumes où le douaire est viager à la femme; mais que celles de Bar, Vitry et Châlons, sont des coutumes d'égalité parfaite. — L'arrêt cité a ordonné la réduction des parts du douaire à l'égalité des parts légitimaires, pour les biens situés dans les coutumes de Bar, Vitry et Châlons, sauf à recourir, pour le supplément de la part des enfans du premier lit, sur les biens, si aucuns y a, situés, tant dans la coutume de Metz, que dans celles où le douaire est propre aux enfans, et sur les acquêts faits par le père, dans les coutumes qui ne sont pas d'égalité parfaite. — Le principe de décision a été, que quoiqu'il soit permis dans toutes ces coutumes de stipuler le douaire propre aux enfans, il faut concilier cette disposition avec l'esprit de celles qui requièrent une égalité parfaite de part entre tous les enfans ».

Qu'il nous soit permis de le dire, ne semble-t-il pas qu'il y a une contradiction manifeste dans les dispositions de l'arrêt? D'un côté, il juge que la stipulation de douaire propre est une libéralité du père aux enfans du premier lit, et en conséquence il la déclare contraire à la prohibition de certaines coutumes d'avantager un enfant. D'un autre côté, il décide que cette stipulation doit avoir son effet, au préjudice de la Légitime, dans les coutumes qui ne contiennent point de pareille défense : voilà donc une seule et même clause considérée comme un titre gratuit par rapport à une contrée, et comme un titre onéreux par rapport à une autre. Peut-être ne manque-t-on pas de subtilité pour couvrir cette contradiction ; mais nous avouons de bonne foi que nous n'en sentons pas la force.

Parlons franchement : pourquoi ne regarderait-on pas comme une libéralité, la convention par laquelle un père étend à ses enfans un douaire que la loi borne à la personne de sa femme? Sans doute le contrat de mariage est un titre onéreux ; mais il ne peut pas servir de voile à des donations faites en fraude de la Légitime. Or, comment peut-on juger si telle ou telle clause contient une donation ? C'est sans contredit en examinant si elle est plus avantageuse à celui pour qui elle est faite, que ne le seraient les dispositions de la loi.

En vain oppose-t-on que l'on n'est pas censé donner en se soumettant à une coutume étrangère. Cela est vrai, lorsqu'il ne résulte de la soumission qu'un contrat onéreux. Qu'un homme, par exemple, se mariant en pays de droit écrit, stipule une communauté de meubles et de conquêts suivant la coutume de Paris, il n'avantage point sa femme et n'est point avantagé par elle ; les deux époux forment seulement une société dans laquelle ils font des apports égaux ou réputés tels; c'est un contrat onéreux, un véritable acte de commerce qu'ils passent ensemble. Mais qu'un domicilié à Paris aille se marier à Lille ou à Douai, avec soumission à la coutume de l'une ou de l'autre ville, il résultera de là une communauté de tous les biens, et par conséquent un avantage réel pour le moins riche des deux époux ; avantage qui sera sujet au retranchement de la Légitime, comme Lebrun lui-même est forcé d'en convenir. Pourquoi donc ne ferait-on pas également opérer ce retranchement sur un douaire que les enfans ne doivent qu'à

Source : BIU Cujas

la soumission de leur père à une coutume qui le rend propre ?

Mais, dit-on, il y a une différence entre ces deux cas : dans le premier, le père renonce au droit commun, pour suivre une coutume singulière ; dans le second il s'y conforme, ou du moins il ne s'en éloigne pas, puisque nous avons un grand nombre de coutumes qui déclarent le douaire de la femme propre aux enfans. Ainsi, dans le premier cas, on doit le considérer comme un donateur ; et dans le deuxième, comme contractant à titre onéreux.

Cette raison de différence tombe d'elle-même. Le droit commun d'une province ou d'une ville n'est point l'esprit général des coutumes étrangères, mais la coutume qui a été adoptée par cette province ou cette ville. Qu'importe à un habitant du Maine ce qui se pratique à Paris ? A la bonne heure, que dans les questions qu'une coutume particulière laisse indécises, on s'en rapporte à la disposition du plus grand nombre des autres coutumes ; il n'y a rien en cela que de régulier, et c'est alors que cette disposition forme un droit commun pour le territoire même de la coutume muette. Mais que dans les cas sur lesquels une loi municipale s'explique de la manière la plus précise, on veuille regarder et faire valoir comme le droit commun de ses sujets, le résultat de la plupart des lois étrangères, c'est ce qu'on ne peut faire sans heurter de front les premiers principes. Chaque coutume est souveraine dans son territoire ; ses sujets n'ont point d'autre droit commun qu'elle, tant qu'elle n'est pas muette, et ce n'est que dans son silence qu'il leur est permis de recourir aux coutumes étrangères.

Un exemple rendra ceci plus sensible. C'est une maxime établie par les lois romaines, et reçue dans nos mœurs, qu'on ne doit point restituer en entier un mineur qui a été lésé en suivant le droit commun. *Non videtur circumscriptus esse minor, qui jure sit usus communi* (Loi 9, C. *de in integrum restitutione minorum* 25 *annis.*) Cela posé, qu'un jeune homme domicilié à Lille ou à Douai, stipule, en se mariant, une communauté de tous les biens, il est certain que cette stipulation est contraire au droit commun, c'est-à-dire, à l'esprit général des coutumes de France et des Pays-Bas ; cependant elle ne sera point sujette à rescision, parcequ'elle est conforme à la disposition particulière des coutumes de Lille et de Douai.

Autre exemple. Deux personnes domiciliées à Douai, se marient, et par leur contrat de mariage se font une donation mutuelle de tous leurs biens meubles et conquêts. Cette donation serait presque par-tout ailleurs sujette à la Légitime des enfans qui doivent naître de ce mariage ; cependant elle en sera exempte à Douai, parcequ'elle est calquée sur le droit d'entravestissement de sang qui a lieu dans cette ville. *V. Entravestissement.*

Encore une fois donc, le droit commun de chaque territoire est la coutume qui y domine, lorsqu'elle n'est pas muette ; et c'est par les dispositions de cette coutume qu'il faut juger si telle stipulation doit être regardée comme une libéralité, ou comme un titre onéreux.

V. Reste à examiner si, dans les coutumes qui rendent le douaire propre aux enfans, et qui par conséquent l'affranchissent du retranchement de la Légitime, il ne doit pas, lorsqu'il est porté par une clause particulière à un taux qui excède celui de la coutume, être soumis à ce retranchement jusqu'à concurrence de l'excès dont il s'agit.

Tout ce que nous venons de dire, s'applique ici avec la plus grande justesse pour établir l'affirmative ; et c'est une opinion à laquelle Lebrun lui-même accorde son suffrage. Suivant cet auteur, « il y a une très grande différence entre établir le douaire propre aux enfans dans une coutume où il n'est que viager, et faire un douaire préfix qui excède de beaucoup le coutumier et la manière ordinaire de constituer des douaires ; comme il y a beaucoup de différence entre stipuler une communauté de biens en pays de droit écrit, et stipuler une communauté de tous biens ou un partage inégal de communauté en pays coutumier..... Le douaire excessif et la communauté de tous biens passent pour de pures libéralités, et sont sujets à la Légitime des enfans d'un second lit : aussi, quoiqu'ils fassent partie d'un contrat de mariage, un mineur peut s'en faire relever. En un mot, toutes les conventions qui excèdent le droit commun et la manière ordinaire de contracter, sont des donations ; et cette règle peut servir pour la restitution du mineur contre ces sortes de conventions et pour la Légitime.

Renusson soutient le contraire, sur le fondement de l'arrêt déjà cité du 27 mars 1629, dans l'espèce duquel il suppose, d'après Tronçon, que le douaire était de 3000 livres de rente, et qu'il excédait de beaucoup le taux réglé par la coutume. On a vu plus haut, que Tronçon n'a pas bien connu cet arrêt, et l'on en trouve ici une nouvelle preuve ; car Bardet nous assure positivement que le douaire préfix de Catherine Barbé n'était que de 1500 liv., et qu'on l'avait stipulé conformément aux dispositions de la coutume de Paris. Si Renusson avait été instruit de cette circonstance essentielle, il aurait certainement décidé tout autrement qu'il ne l'a fait, puisqu'il ne peut s'empêcher de convenir que son opinion « reçoit beaucoup de difficulté. Quand un homme (ajoute-t-il), constitue à sa future épouse un douaire préfix plus fort que le coutumier, il semble que ce qui excède le douaire coutumier, est une libéralité, un avantage, une espèce de donation, et que cet excédant devrait être sujet à la Légitime des enfans du second lit ».

Question VII. *Les gains de survie usités dans les provinces de droit écrit, sont-ils sujets à la Légitime ?*

I. Il faut distinguer, comme nous l'avons fait à l'égard du douaire, les gains de survie fondés sur

Source : BIU Cujas

l'usage ou sur une convention conforme à l'usage, d'avec les gains de survie qui ne doivent l'existence qu'à une stipulation expresse des parties, ou qui, étant introduits par l'usage, sont portés par une clause particulière à un taux qui l'excède.

II. La première espèce de gains de survie n'est point sujette à la Légitime ; c'est ce qui résulte de toutes les raisons par lesquelles nous avons établi la même chose relativement au douaire coutumier ; et c'est ainsi que le décide Boucher d'Argis, par rapport à l'augment de dot : « Il y a (dit-il, *Traité des Gains nuptiaux*, ch. 18), il y a sur cette matière deux principes dont on ne peut s'écarter. Le premier est, que la femme peut se constituer en dot tous ses biens présens et à venir ; *nihil enim vetat mulierem dare in dotem bona sua omnia*, dit la loi 4, C. *de jure dotium*. Un second principe est, que toute dot mérite un augment proportionné à sa quotité, parceque l'augment est donné en récompense de la dot : *dos data donationem meretur* (auth. *dos*, C. *de donationibus*). De ces deux principes, on est en droit de conclure que l'augment coutumier et le préfix non excédant le coutumier, à quelque somme qu'ils puissent monter, sont dus en entier à la femme survivante, sans être sujets à aucune réduction pour la Légitime des enfans, ni pour celle des ascendans ; du moins les lois n'ont point prévu ce cas ».

Boucher d'Argis étend sa décision au contre-augment et aux autres gains qui peuvent avoir lieu en faveur du mari survivant ; et c'est ce qui a été jugé par deux arrêts très précis du parlement de Toulouse.

Le premier est rapporté par Maynard, liv. 2, ch. 88. En voici l'espèce : — Une femme, domiciliée à Toulouse, institue son mari héritier universel, et meurt sans enfans : sa mère demande sa Légitime, et veut comprendre dans l'exercice de ce droit le contre-augment du mari, c'est-à-dire, la dot de sa fille acquise à celui-ci par le prédécès de sa femme, suivant la coutume de Toulouse, titre *de dotibus*, art. 3. Le mari s'oppose à cette prétention, et soutient n'être tenu de fournir la Légitime que sur les biens compris dans son institution. L'affaire portée au parlement de Toulouse, il intervient, après partage porté de la tournelle à la grand'chambre, arrêt du 5 avril 1594, qui déboute la mère de sa demande en Légitime sur la dot gagnée par le mari, *et ledit arrêt retenu pour être prononcé solennellement à la fête de Pâques prochaine par M. le président du Faur.*

A cet arrêt, dit Catellan, « j'en ajouterai un autre, prononcé en robes rouges par M. le premier président de Fieubet, la veille de la Pentecôte de l'année 1674. Cet arrêt avait été rendu par la première chambre des enquêtes, après partage. La raison de douter était la faveur de la Légitime d'une mère sur les biens délaissés par sa fille morte sans enfans. Mais ce n'est pas ici le cas de succession, ni par conséquent de Légitime ; le mari ne gagne pas la dot par voie de succession : c'est une dette à son égard qu'il exige, c'est un gain que la coutume lui donne dans son détroit, ou le pacte apposé au contrat de mariage dans lequel on s'est soumis à la coutume ».

Enfin, Boucher d'Argis tient que « les bagues et joyaux coutumiers, et les préfix non excédant les coutumiers, paraissent aussi, par les mêmes raisons, devoir être préférés à la Légitime des enfans et ascendans ».

Cependant, continue le même auteur, il pourrait arriver que l'augment, le contre-augment et les autres gains de survie fussent si excessifs qu'ils absorbassent tous les biens du défunt. Dans ce cas, *je pense que, par équité et selon les circonstances, on règlerait ces droits* arbitrio boni viri, *ou bien on obligerait le survivant à donner aux légitimaires une pension par forme d'alimens.*

III. La seconde espèce de gains de survie est indistinctement sujette à la Légitime ; Boucher d'Argis le décide en ces termes : « Pour ce qui est des donations de survie et autres gains nuptiaux qui ne sont fondés que sur la convention expresse des parties, ils sont sans contredit réductibles pour la Légitime ». — Cette décision peut être appuyée de toutes les raisons par lesquelles nous avons prouvé ci-dessus que le douaire est soumis au retranchement, quand il ne doit sa qualité de propre qu'à une clause du contrat de mariage. — [[Elle a d'ailleurs été confirmée par un arrêt de la cour de cassation, du 21 floréal an 10. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, article *Légitime*, §. 4.]]

IV. Quant aux gains de survie de la troisième espèce, le même auteur pense, et avec raison, qu'ils doivent être réduits pour la Légitime, et contribuer à ce droit jusqu'à concurrence de l'excès de la stipulation sur le taux fixé par l'usage.

Voici ce qu'oppose à cette résolution un auteur anonyme, dont Boucher d'Argis a fait imprimer les observations à la fin de son ouvrage : « Un traité de mariage est un traité semblable aux autres : les conventions qui y sont stipulées, sont de véritables créances qui n'entrent point dans la masse de l'hoirie. Lors d'un mariage, l'augment est convenu et réglé comme un droit, et non comme une donation ; souvent il est le prix (quand il excède le coutumier), ou d'un âge peu assorti, ou d'une naissance plus distinguée ; en un mot, il est toujours regardé comme une convention ou une créance, et jamais comme une donation, à quelque somme qu'il soit porté ; et tel est l'usage ».

La réponse de Boucher d'Argis paraît décisive : « On pourrait dire du douaire préfix et de toutes les autres conventions matrimoniales, comme l'auteur des observations le dit de l'augment, qu'ils ne sont point réductibles pour la Légitime, à quelque somme qu'ils se montent, et cela parceque ce sont des conventions essentielles du ma-

Source : BIU Cujas

riage qui forment plutôt des créances que des donations. Néanmoins, il est certain que le douaire préfix qui excède, et tous les autres avantages trop considérables, quoique convenus par le contrat de mariage, sont réductibles *arbitrio boni viri*, quand ils préjudicient à la Légitime des enfans ».

Si quelque chose peut passer dans un contrat de mariage pour un titre onéreux et pour *le prix d'un âge peu asssorti ou d'une naissance plus distinguée*, c'est assurément la constitution de dot : cependant on a vu plus haut qu'elle est sujette au retranchement de la Légitime ; il faut donc pareillement y soumettre toutes les conventions matrimoniales qui tendent à avantager quelqu'un au-delà de ce que la coutume lui accorde.

V. Mais voici une autre question : lorsqu'il y a des enfans du mariage qui a produit les gains nuptiaux, le survivant n'a régulièrement sur ces gains qu'un droit d'usufruit, à l'exception d'une virile, dont il a la propriété en demeurant veuf : cette virile, ainsi appelée parceque c'est une portion égale à celle de chaque enfant, est-elle soumise à la Légitime que doit le survivant lui-même à ses enfans ?

L'affirmative semblerait n'être susceptible d'aucun doute : d'un côté, la Légitime doit se prendre sur tous les biens que le défunt laisse à sa mort, ou dont il a disposé à titre gratuit : de l'autre, la virile appartient en toute propriété au survivant ; il paraît donc que cette virile doit souffrir le retranchement de la Légitime, soit qu'elle se trouve dans la succession *ab intestat*, ou que le survivant s'en soit exproprié par des actes de libéralité.

La chose n'est cependant pas aussi claire qu'elle le semble au premier abord, et il y a là-dessus trois distinctions importantes à faire.

1° Lorsque le survivant meurt sans avoir disposé de sa virile, il ne peut pas être question d'y prendre une Légitime : en effet, les seuls qui pourraient la demander, seraient, ou les enfans nés du mariage qui a produit le gain nuptial, ou les enfans issus d'un mariage antérieur. — Les premiers n'ont pas besoin de l'action légitimaire pour avoir part à cette virile, parcequ'elle leur est dévolue de plein droit, quoiqu'ils ne soient héritiers ni de leur père ni de leur mère : c'est ce que prouvent la loi 4, C. *de secundis nuptiis*, et la novelle 22, ch. 20. — Les seconds n'y peuvent rien prétendre, à quelque titre que ce soit, parceque les gains nuptiaux sont toujours affectés aux enfans du défunt de qui ils proviennent.

2° Lorsque le survivant a disposé de sa virile, il est hors de doute que les enfans à qui elle serait affectée, si elle se trouvait dans la succession *ab intestat*, peuvent la comprendre dans leur action en retranchement de Légitime.

3° Mais la difficulté est de savoir s'il en est de même, en ce cas, des enfans d'un lit antérieur ? Cette question s'est présentée au parlement de Toulouse dans une espèce remarquable.

Anne de Pasquerie avait été mariée trois fois : la première avec François Brunet, la seconde avec Bernard Trebos, et la troisième avec François Maillot. Elle avait constitué à ce dernier une dot de 5000 liv. ; et comme elle lui avait survécu, elle avait gagné un augment de 2,500 liv. A l'article de la mort, elle fit son testament, et, entre autres dispositions, elle légua à Jeanne de Maillot, sa fille aînée du troisième lit, sa portion virile dans l'augment dont on vient de parler. Les enfans des deux premiers lits demandèrent leur Légitime sur ce legs ; et d'après l'opposition de la fille légataire, il s'éleva au parlement de Toulouse un procès, qui, après avoir été partagé en deux chambres différentes, fut enfin départi dans l'assemblée des chambres. — Catellan, qui en était rapporteur, nous retrace exactement, liv. 4, ch. 74, les moyens qu'on faisait valoir de part et d'autre.

Les gains nuptiaux de la femme disait-on pour la légataire, sont affectés aux enfans du mari de qui elle les tient. *Quod mulier mariti largitate percepit, id ex eo tantùm conjugio procreati sibi speciale tanquam paternum patrimonium vindicant :* c'est la disposition de la loi 4, C. *de secundis nuptiis*. Les enfans du troisième lit ne pouvaient point prétendre de Légitime sur les gains nuptiaux que la défunte pouvait avoir faits sur les biens de ses deux premiers maris, puisque la loi en avait transmis incommutablement la propriété aux enfans des deux premières nôces : pourquoi donc ces derniers auraient-ils plus de droit sur les gains nuptiaux du troisième mariage ? D'ailleurs, si la mère commune des parties était morte *intestate*, ou même sans disposer nommément de sa virile, les enfans des deux premiers lits n'y prendraient rien, ils en seraient exclus par ceux du troisième lit, *honore præcipuo*, comme dit le chap. 20 de la novelle 22 : ils n'y peuvent donc pas demander de Légitime, puisque la Légitime n'est jamais que le tiers ou la moitié de ce qu'on aurait eu *ab intestat.*

Voici ce qu'on répondait pour les légitimaires. — Par la loi *hac edictali*, la propriété des gains nuptiaux est tellement acquise à la femme, que les enfans ne peuvent revendiquer les choses qu'elle en a aliénées. Le chap. 20 de la novelle 22 confirme et assure cette propriété : *hæc erunt eis propria, nihil penè ab aliâ eorum differentia possessione ;* et néanmoins, suivant la même loi, si le survivant ne dispose pas expressément et nommément de ces gains, ils appartiennent aux enfans de ce mariage par préciput, *honore præcipuo, ex nostrâ lege, licet non sint heredes nec patris nec matris.* La propriété dont il s'agit, est donc très irrégulière, et forme, pour ainsi dire, une espèce de biens à part, lorsque le survivant n'en dispose pas ; mais, dans le cas contraire, elle se mêle et se confond avec son patrimoine, elle en prend la nature, elle en suit la condition, et par conséquent elle devient sujette à la Légitime des enfans de tous les mariages. — On convient généralement que la dis-

Source : BIU Cujas

position qu'en a faite la défunte au profit d'un des enfans du troisième lit, n'est pas exempte de la Légitime des autres enfans du même mariage; elle ne doit pas l'être non plus de la Légitime des enfans des lits précédens, puisque tous les enfans, de quelque mariage qu'ils soient nés, doivent avoir une Légitime égale : *Singulis ex æquo quadriuncium vel sexuncium dividendo.* Ce sont les termes de la novelle 18, ch. 1. — On objecte que la Légitime n'est qu'une quotité de ce qu'on aurait *ab intestat*; et comme les enfans des deux premiers lits n'ont rien dans la virile, quand le survivant n'en a pas disposé, on conclut de là qu'ils n'y peuvent prendre de Légitime lorsqu'il l'a donnée ou léguée. Mais nous trouvons plusieurs textes où la Légitime est appelée *pars totius substantiæ defuncti;* tels sont le §. dernier, aux Institutes, *de inofficioso testamento;* le ch. 1 de la novelle 18, et le chapitre dernier de la novelle 22. Si d'autres lois la qualifient de quotité de la portion *ab intestat*, c'est parceque communément la portion *ab intestat* se règle par rapport à tous les biens du défunt; l'exemple du père et de la mère qui prennent leur Légitime sur toute l'hérédité, quoique leur fils ait laissé des frères qui partageraient avec eux *ab intestat*, prouve nettement que le véritable caractère de la Légitime est d'être, non une quotité de la portion héréditaire, mais une quotité de tout le patrimoine du défunt. — On oppose encore que les enfans du troisième lit ne pourraient pas demander de Légitime sur les gains nuptiaux des deux premiers mariages; qu'ainsi, les enfans des deux premiers lits doivent également être sans droit et sans prétention sur les gains nuptiaux des troisièmes nôces. Mais il y a une réponse très simple. La femme a perdu, en passant à un second mariage, la propriété des gains nuptiaux du premier; et en passant à un troisième, la propriété des gains nuptiaux du second. Les choses comprises dans ces gains, ne se sont donc plus trouvées dans son patrimoine au moment de sa mort; et, par une conséquence nécessaire, ses enfans de troisièmes nôces n'ont pas pu y prendre une Légitime. Mais cette femme ne s'étant pas remariée après le décès de François Maillot, son troisième époux, la loi lui a donné en propriété la virile dont il s'agit, au cas qu'elle en disposât nommément, comme elle l'a fait : cette virile est donc confondue avec ses autres biens, et conséquemment elle est assujettie à la Légitime de tous les enfans, sans distinguer de quel mariage ils proviennent.

Nonobstant ces raisons, le premier avis prévalut; et par arrêt du 5 mars 1659, les enfans des deux premiers lits furent déboutés de leur demande. — « On crut principalement (dit le magistrat cité), qu'il n'était pas juste que les enfans du premier lit eussent part aux gains nuptiaux d'un autre mariage d'où ces gains procédaient. On ajouta, que la novelle 22, suivant laquelle la virile appartient aux enfans du même mariage, si la mère n'en dispose pas, est fondée sur la volonté de cette mère, qui est présumée, en ne disposant pas nommément de cette virile, avoir voulu la laisser également à tous ses enfans de ce mariage; *quasi voluerit magis servare filiis, tanquam ex causâ illorum sibimet acquisitas et non ad extraneos deducere.* Ainsi, puisque, faute de disposition expresse, la virile appartient aux seuls enfans du même mariage, par la volonté présumée de leur mère, sans que ceux d'un autre mariage y puissent prétendre droit de Légitime, il s'ensuit que, lorsqu'elle en dispose expressément en faveur d'un des enfans du même mariage, les enfans d'un autre mariage n'y en peuvent point aussi prétendre à cause de l'expresse volonté de leur mère, puisque la disposition expresse est toujours plus forte que la tacite ».

Ces motifs ne peuvent s'appliquer qu'à l'espèce précise de l'arrêt cité, c'est-à-dire, au cas où le survivant a disposé de sa virile en faveur d'un enfant du mariage dont elle est provenue : en serait-il donc autrement si la disposition qu'en a faite le survivant, était au profit d'un étranger? Non, et déjà nous en avons dit la raison; c'est que les enfans du mariage précédent n'ont rien à prétendre sur cette virile, lorsque le survivant n'en a pas disposé, et que, suivant une maxime établie ci-dessus, question 4, on ne peut pas exiger de Légitime sur des biens dont on est exclu *ab intestat.* L'objection qui est opposée à cette maxime dans le détail des moyens sur lesquels est intervenu l'arrêt que nous venons de rapporter, trouve sa réponse dans ce que nous avons dit au §. 1 de cette section, en traitant les questions de savoir si les enfans exhérédés font part dans la Légitime de leurs frères, et si les frères font part dans celle des ascendans.

Ainsi, le seul cas où les gains nuptiaux peuvent être soumis, dans la succession du survivant, à la Légitime des enfans d'un mariage antérieur à celui dont ils sont provenus, est lorsqu'il ne reste point d'enfant du dernier, et que par-là ils demeurent confondus avec les autres biens du survivant.

VI. Faut-il étendre aux legs et aux autres libéralités testamentaires faites à l'époux survivant par le prédécédé, ce que nous venons d'établir touchant les gains nuptiaux, relativement au cas où il se trouve des enfans de chaque lit? Cette question a été jugée pour la négative au parlement de Toulouse.

Claire de Tournier avait été mariée en premières nôces avec Antoine Cambon, dont elle avait eu une fille; et en secondes nôces avec Antoine Croset, de qui il lui était né une autre fille. Ce dernier lui avait légué par son testament une métairie située à Ausielle, et elle avait elle-même disposé universellement en faveur de la fille qu'il lui avait laissée. Après sa mort, la fille du premier lit demanda sa Légitime, et prétendit la prendre non

Source : BIU Cujas

seulement sur la dot et les autres biens provenans de la défunte, mais encore sur tout ce qu'elle avait reçu de son second mari à titre de legs.

Sur quoi (dit d'Olive), *quelques uns des juges estimaient cette demande incivile.* La loi 4, C. *de secundis nuptiis*, porte que tout ce qu'une femme reçoit de la libéralité de son mari, *quod mulier ex mariti largitate percipit*, ne peut être réclamé dans sa succession que par les enfans issus de ce mariage: *id ex eo tantùm conjugio procreati sibi speciale tanquam paternum patrimonium vindicant.* Cette disposition comprend certainement les legs aussi bien que les conventions matrimoniales; il y a même plus de raison de l'appliquer aux uns qu'aux autres, puisque les conventions matrimoniales sont des titres onéreux, ou du moins des donations sans lesquelles le mariage n'eût point été contracté, et que par conséquent elles sont justement acquises à la femme; au lieu que les legs dont elle est gratifiée par son mari, sont la récompense de l'affection qu'elle a eue pour lui, et le gage de l'espérance qu'elle n'oubliera pas ses enfans. C'est donc principalement à ces libéralités que s'applique la nécessité de la réserve introduite par le texte cité; et, comme dit la loi 65, §. dernier, *de legatis* 1°, au Digeste, *cavendum est ne honor benè transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui meliùs de matre præsumpsit.*

Ces raisons étaient séduisantes; mais celles qu'on y opposait, étaient mieux fondées. Les termes cités de la loi 4, C. *de secundis nuptiis*, paraissent, à la vérité, comprendre les legs comme les gains nuptiaux; mais les dernières paroles du même texte font voir clairement qu'il faut en restreindre la disposition à l'augment: *Sponsalitiam largitatem quam vir secundus contulit in uxorem, tantummodò filii qui ex secundo matrimonio suscepti sunt, pro soliditate possideant.* C'est ainsi que la glose a entendu cette loi, et l'on ne peut plus douter de l'exactitude de cette interprétation, depuis que l'empereur Justinien l'a confirmée lui-même: le chap. 29 de la novelle 22 distingue formellement la donation à cause de nôces, des libéralités étrangères au mariage, telles que les legs et les fidéicommis; il déclare que l'une appartiendra toujours aux enfans nés du mariage dont elle sera provenue, soit que le survivant se soit remarié après, ou non; mais que les autres demeureront confondues dans le patrimoine du survivant qui n'aura pas contracté un nouveau mariage après la mort du conjoint qui l'en aura gratifié. *Absolutè unaquæque soboles proprii parentis accipiat sponsalitiam largitatem, et omninò prioribus filiis propter secundas nuptias accipientibus, et secundi liberi modis omnibus eam habeant, quamvis quæ secundas contraxit nuptias ad tertia minimè migraverit vota. Ex rerum verò consequentiâ hoc ipsum et in patribus sit secundas nuptias facientibus: et servetur quidem ex priori matrimonio filiis propter secunda vota lucrata dos, secundis quoque licet non ad tertia pater pervenerit vota. Reliqua verò quæcunque in talibus lucratus est pater aut mater ex secundis nuptiis, aut per legatum forsitan, sive fideicommissum, non tamen ad tertias venerunt nuptias, hæc commixta eorum substantiæ et à tertiis non mutilata matrimoniis, maneant apud eos immota: et ad eorum, velut propria, successiones perveniant: aut etiam à superstitibus quo volunt disponantur modo.*—Cette différence n'est pas dénuée de raison: l'augment que la femme gagne par le prédécès de son mari, elle le gagne comme femme, en conséquence du mariage, et à l'occasion des enfans pour la procréation desquels il a été contracté. (*tanquam ex causâ illorum matri acquisitum*, dit la *Novelle* 22, ch. 20); au lieu qu'elle reçoit comme étrangère, et par des considérations tout-à-fait personnelles, les legs, les fidéicommis et les autres dispositions contenues dans le testament de son mari.

On citait à l'appui de ces moyens deux docteurs qui soutiennent précisément cette opinion; savoir, Nicolas d'Arles sur la loi *Generaliter*, C. *de secundis nuptiis*, et Ripa sur la loi *Fœminæ* du même titre. « Si bien (dit d'Olive), que la cour, par arrêt du 17 juillet 1631, donné à mon rapport en la première des enquêtes, adjugea à la fille du premier lit la Légitime, telle que de droit, sur tous et chacun les biens de feu Claire Tournier, et déclara dans lesdits biens être comprises toutes les libéralités par elle reçues de feu Antoine Croset, son second mari, tant par testament qu'autrement, excepté la portion virile de l'augment à elle acquis par le prédécès dudit Croset. — Cette question (continue d'Olive) s'étant présentée à la chambre de l'édit à Castres, fut jugée suivant cette doctrine, au rapport de M. de Jassand, le 31 juillet 1634, en réformant la sentence du sénéchal de Carcassonne, qui avait jugé le contraire. — La même chose fut aussi jugée au parlement, le 9 juillet 1635, après partage porté de la deuxième à la première des enquêtes ».

Question VIII. *Peut-on prendre deux fois la Légitime sur les mêmes biens?*

Voici l'espèce dans laquelle cette question peut se présenter. Un mari fait des donations à sa femme, soit par contrat de mariage, soit par testament: après sa mort, les enfans prennent leur Légitime sur les biens dont il a disposé à titre gratuit, et par conséquent sur les libéralités qu'il a faites à leur mère: celle-ci meurt ensuite: on demande si les biens qui ont souffert entre ses mains le retranchement de la Légitime paternelle, doivent encore supporter la distraction de la Légitime maternelle.

L'affirmative ne souffre aucune difficulté, et Lebrun l'adopte sans balancer: « Il arrive souvent (dit cet auteur), que sur les biens donnés entre futurs conjoints, les enfans qui naissent du mariage, prennent une double Légitime; une première,

Source : BIU Cujas

en tant que les biens procèdent du donateur, et une seconde en tant qu'ils appartiennent au donataire ; et au cas, par exemple, que la donation ait été faite par le mari à la femme, les enfans considèrent d'abord les biens comme paternels, et y prennent la Légitime qui leur est due sur les biens du père ; ensuite ils en regardent le surplus comme biens maternels, et y prennent la Légitime qui leur est due sur les biens de la mère : ce qui s'appelle, dans les provinces de droit écrit, légitimer deux fois sur les mêmes biens ».

Ce que dit ici Lebrun des donations par contrat de mariage, Dumoulin et Henrys le disent également d'une institution d'héritier faite par le testament d'un conjoint au profit de l'autre ; et le parlement de Provence a confirmé leur sentiment par un arrêt du 13 juin 1636. « Dans la cause sur laquelle cet arrêt intervint (dit l'additionnaire de Duperrier), notre auteur soutenait qu'on l'avait toujours pratiqué ainsi, c'est-à-dire que la Légitime devait être prise sur la totalité des biens de la mère, quoiqu'on y trouve confondue l'hérédité du père, sur laquelle les enfans ont déjà pris leur Légitime ».

« Mais (continue le même auteur), il a été ensuite décidé qu'on ne peut pas légitimer deux fois sur les mêmes biens. Duperrier, dans des défenses données pour un autre procès, citait trois arrêts qui l'avaient jugé ainsi ; on en trouvera ci-dessous un autre du 23 décembre 1655 ; Boniface en fait mention, et en rapporte un autre du 19 avril de la même année, et un du 4 ou 24 novembre 1657 ».

Cette jurisprudence est particulière au parlement de Provence ; et elle y est tellement regardée comme contraire aux principes, qu'on ne la suit pas, suivant l'auteur cité, « lorsqu'il s'agit, non pas d'une institution d'héritier, mais d'un simple legs fait en faveur de la mère. Alors, quoique ce legs ait fait fonds dans la succession du père pour la Légitime qui était due sur ses biens, il fait encore fonds dans la succession de la mère. Boniface cite deux arrêts qui l'ont jugé ainsi : l'un du 13 mars 1666, l'autre du 10 mai 1670. »

Art. II. *Comment doit-on, pour liquider la Légitime, considérer les biens qui y sont sujets ?*

Cette question en renferme cinq, deux générales, et trois particulières.

La première est de savoir quels sont les biens que l'on doit faire entrer en masse, et sur quel pied on doit les estimer : — la seconde, si l'on doit avoir égard aux augmentations et aux diminutions survenues aux biens depuis la mort du défunt : — la troisième, si, pour régler la Légitime des petits-enfans, il faut considérer toute la masse des biens de l'aïeul, ou seulement la part qui en serait échue à leur père au cas qu'il ne fût point prédécédé : — la quatrième, si, en réglant la Légitime d'un aîné, on doit avoir égard à son préciput et à sa portion avantageuse : — [[la cinquième, enfin, si lorsqu'un des enfans, donataire de son père, doit fournir la Légitime à ses frères et à ses sœurs par retranchement sur sa donation, il peut retenir la portion qu'il aurait dans cette Légitime, s'il se portait légitimaire comme eux, et que le donataire fût un étranger.]]

Question I. *Quels sont les biens que l'on doit faire entrer en masse, et sur quel pied doit-on les estimer ?*

I. La première partie de cette question est déjà résolue par la détermination que nous venons de faire des biens sujets à la Légitime : car c'est une règle constante, que tous les biens qui sont sujets au retranchement, doivent entrer dans la masse et servir à la supputation. Il ne faut pas même pour cela qu'ils souffrent un retranchement actuel, il suffit qu'ils puissent le souffrir subsidiairement. Ainsi, quoique les donations entre-vifs ne doivent contribuer à la Légitime qu'au défaut des legs et des biens qui composent la succession *ab intestat*, on ne laisse pas de les comprendre fictivement dans la masse sur laquelle on forme la liquidation de la Légitime ; et, comme le porte un acte de notoriété donné par le parlement de Provence le 10 mars 1682, *elles entrent dans le globe de la succession pour grossir la liquidation de la Légitime, et non pour en faire le paiement, si ce n'est en défaut de biens suffisans.* — L'art. 34 de l'ordonnance de 1731 a consacré ce principe dans les termes les plus précis.

Par la raison contraire, il est évident qu'on doit exclure de cette masse les biens qui ne sont sujets en aucun cas à la Légitime, tels que ceux qui sont affectés au préciput d'aînesse, ceux qui étaient possédés par le défunt à charge de fidéicommis, tous ceux, en un mot, que le légitimaire ne pourrait pas recueillir *ab intestat*.

Quand nous disons, d'un côté, qu'il faut faire entrer dans la masse tous les biens qui sont soumis à la Légitime, quand même ils ne le seraient que *subsidiairement*, et de l'autre, qu'il ne faut en rejeter que ceux qui ne doivent ni contribuer ni souffrir le retranchement *en aucun cas*, nous ne parlons que de la Légitime ordinaire, et non de celle de *grace ;* car, quoique le droit d'aînesse et les biens substitués soient sujets à la Légitime quand le défunt n'a pas laissé d'autres biens ; cependant, comme cette Légitime est purement de grace, et qu'elle a été introduite contre les principes généraux de la matière, ce n'est que dans les cas où elle a lieu que le droit d'aînesse et les biens substitués doivent entrer en masse, et ils n'y entrent pas dans toute autre circonstance, c'est-à-dire toutes les fois qu'il se trouve d'autres biens dans la succession.

Source : BIU Cujas

Quelque constante que soit la règle de faire entrer en masse tous les biens sujets à la Légitime, il a été rendu, assez récemment, un arrêt qui l'a enfreinte d'une manière sensible, mais qui heureusement est demeuré sans effet. En voici l'espèce :

Le sieur et la dame de Monmonier, domiciliés en Flandre, firent un testament mutuel le 15 août 1730. Ils avaient deux enfans, un fils et une fille : ils partagèrent leurs biens entre l'un et l'autre, et les grevèrent de substitution en faveur de leurs héritiers respectifs. En 1746, le sieur de Monmonier fils demanda que sa Légitime fût distraite de la masse des biens substitués sur sa tête : les échevins de Lille, devant qui la cause fut portée, ordonnèrent, par une première sentence, l'estimation de la totalité des deux successions, paternelle et maternelle ; et après des opérations aussi longues qu'exactes, il intervint, le 24 novembre 1755, une sentence définitive, qui, réduisant la substitution à 18,350 florins, et lui donnant pour siège le fief de Paryc, abandonna au sieur de Monmonier tous les autres biens pour son droit de Légitime. — Le fils aîné du sieur de Monmonier a réclamé contre ces sentences, et s'en est rendu appelant au parlement de Flandre, non pour prétendre qu'il ne fût pas dû une Légitime à son père, mais pour la faire diminuer ; il a soutenu que cette Légitime devait être réduite à une quote des biens assignés au grevé par le testament de 1730 : « ce testament (disait-il), a fixé la portion que mon père avait à recueillir ; cette portion testamentaire lui tenait lieu de celle qu'il aurait eue *ab intestat* ; ce n'était donc que relativement à cet assignat, que sa Légitime devait être établie ». — Ce système était en opposition manifeste avec les principes les plus incontestables ; car on n'a jamais pris pour règle de la Légitime les dispositions de ceux qui doivent la laisser, puisqu'au contraire la loi veut qu'on ne puisse altérer par aucune sorte de disposition, cette portion sacrée qu'elle a établie elle-même et qu'elle seule gouverne par son autorité. La loi a précisément institué la Légitime comme un frein et un remède aux testamens et donations inofficieuses que pourraient faire les pères ; elle a mis pour cet effet une partie des biens en réserve, et cette partie ne peut assurément avoir son rapport qu'avec le tout dont elle est un démembrement : c'est sur la masse totale du patrimoine qu'elle doit être mesurée. — Telles étaient en substance les raisons que le sieur de Monmonier père opposait à l'appel de son fils ; mais, et cela est surprenant, le parlement de Flandre les a rejetées : son arrêt du 3 août 1762 a déclaré le tiers seulement de l'assignat fait au sieur de Monmonier, libre dans sa personne, et a ordonné que le surplus de cet assignat serait soumis à la substitution. — Le sieur de Monmonier s'est pourvu au conseil : là, par un premier arrêt du 7 février 1763, il a été ordonné que M. le procureur général du parlement de Flandre enverrait les motifs ; et sur les motifs envoyés, il est intervenu un second arrêt, du 3 août de la même année, qui a cassé celui du parlement de Flandre, et a renvoyé la contestation au grand conseil. Alors le fils aîné du sieur de Monmonier a ouvert les yeux à la lumière ; il a souscrit à des condamnations justes et inévitables : en conséquence, un arrêt du grand conseil, du 8 août 1764, rendu sur les conclusions du ministère public, a confirmé toutes les sentences du magistrat de Lille, avec amende et dépens. Par un autre arrêt du 31 octobre suivant, le précédent a été déclaré commun avec la demoiselle de Monmonier, fille du premier lit du grevé, et avec le tuteur d'un enfant d'un second mariage.

II. On demande si l'on doit faire entrer en masse les biens qui n'appartenaient pas au défunt, mais qu'il a possédés avec toutes les conditions requises pour en commencer la prescription.

Roussilhe décide pour la négative : l'héritier (dit-il), achèvera de prescrire ces biens, en conséquence de la possession du père jointe avec la sienne, et les légitimaires n'y pourront rien prétendre. — Mais cette doctrine nous paraît destituée de tout fondement ; et plusieurs raisons se réunissent pour la détruire. — 1° L'héritier ne pourrait soustraire ces biens à la masse sur laquelle la Légitime doit être prise, qu'en prouvant qu'ils n'étaient pas dans la propriété du défunt : or, il n'est point recevable à faire une pareille preuve, parceque *nemo potest referre quæstionem dominii ei à quo jus habet.* — 2° La possession du défunt est un droit qu'il a transmis à ses héritiers, et dont le légitimaire aurait incontestablement profité s'il avait succédé *ab intestat.* Or, la Légitime est une portion de ce qu'on aurait eu, si la succession n'eût été entamée, ni par des donations entre-vifs, ni par des dispositions de dernière volonté. — 3° Lorsqu'on a acquis un bien par prescription, l'acquisition date, non pas seulement du jour que la prescription a été remplie, mais du jour que la possession a commencé. C'est ce que prouvent deux textes très précis : le premier est la loi 13, D. *de donationibus causâ mortis ;* elle porte, que le donateur à cause de mort d'une chose qui ne lui appartient pas, peut, après que le donataire en a prescrit la propriété, la revendiquer sur lui en révoquant sa donation. Le second est la loi 16, D. *de fundo dotali ;* elle déclare que la prescription d'un fonds dotal qui a été commencée par un tiers avant le mariage, peut être achevée sur le mari ; ce qui n'aurait pas lieu, si l'acquisition faite par cette voie, ne remontait pas toujours fictivement au premier moment de la possession ; car autrement, le mari ne pouvant pas aliéner, ne pourrait pas non plus laisser prescrire : la loi 28, D. *de verborum significatione*, est formelle sur ce point. — 4° Deux exemples très simples suffiraient pour réfuter l'opinion de Roussilhe : d'abord il est constant que l'héritage dont la prescription a été commencée par un défunt, n'est pas acquêt, mais

Source : BIU Cujas

propre à l'héritier qui l'a possédé tout le reste du temps requis pour se mettre à l'abri d'une éviction : en second lieu, il n'est pas moins certain qu'un tel héritage, acquis avant le mariage, n'entre pas en communauté, quoique la prescription n'ait été complétée qu'après. Ce n'est donc pas la fin, mais le commencement de la possession qu'il faut considérer en cette matière; et, par une conséquence invincible, ce n'est pas l'héritier, mais le défunt qui est censé, dans notre espèce, avoir acquis la propriété des biens dont il s'agit. *A primordio tituli semper posterior formatur eventus.*

III. Lorsque dans la dépendance d'un domaine de la succession, il se trouve des communaux destinés au pâturage des bestiaux qu'on y élève, ces communaux doivent-ils entrer dans la supputation de la Légitime, à raison de la part que forme le domaine dans la totalité des biens auxquels ils sont asservis?

Sur cette question, [[rendue sans objet par la loi du 10 juin 1793, comme on le verra à l'article *Marais*, §. 5, n. 2,]] le légitimaire peut dire pour l'affirmative, que le profit des communaux augmente la valeur du domaine ; qu'on en use comme si l'on en était propriétaire ; que d'ailleurs ces sortes de biens appartenant à tous les habitans d'une ville ou d'un village, et chacun y ayant un droit quelconque, tous les successeurs du défunt doivent diviser entre eux la portion qu'il en avait.

L'héritier, au contraire, peut répondre, qu'on ne peut pas mettre les communaux, en tout ni en partie, au rang des biens du père, puisqu'il n'en avait qu'une simple jouissance attachée à sa qualité d'habitant; que la supputation de la Légitime ne doit être faite que sur les biens proprement dits, que par conséquent elle ne doit pas comprendre les communaux.

Il y a un troisième avis proposé par Roussilhe, et qui paraît très juste : Je penserais, dit cet auteur, « lorsqu'il y a des communaux, de ne les pas faire entrer en estimation : mais comme au moyen des communaux; on retire un plus grand produit des biens, de faire l'estimation plus haute, eu égard au produit qu'on peut faire de plus à cause des communaux; au moyen de quoi l'intérêt du légitimaire et celui de l'héritier se trouvent conservés ».

IV. Ceci nous conduit naturellement à l'examen des règles propres à l'estimation des biens qui entrent dans la masse sur laquelle doit se prendre la Légitime.

Le premier pas à faire dans cette opération, est de déduire les dettes, les frais funéraires, et les autres charges naturelles des biens. C'est la disposition expresse de la loi 8, §. 9, D. *de inofficioso*, et de l'art. 298 de la coutume de Paris. Il faut même comprendre dans cette déduction tout ce que devait le défunt à ceux contre qui les légitimaires se pourvoient, sans qu'on puisse prétendre à cet égard que leur créance est éteinte par la confusion. C'est ce qu'établissent nettement pour la falcidie la loi 15, §. 3, D. (1) et la loi 6, C. (2) *ad legem falcidiam ;* et leur décision s'applique naturellement à la Légitime.

V. La déduction des dettes doit-elle être faite réellement ou fictivement? En d'autres termes, le légitimaire est-il en droit de dire à l'héritier : Faites et retenez un fonds pour le montant des dettes, et payez-moi ma Légitime sur ce qui restera franc et net? ou bien l'héritier est-il fondé à soutenir que le légitimaire devra recevoir sa portion chargée de sa quote part des dettes?

Lebrun paraît embrasser le second parti ; mais le premier est plus conforme à la lettre de la loi 8, §. 9, D. *de inofficioso*, qui est adoptée par l'art. 298 de la coutume de Paris ; et certainement on ne doit pas s'écarter du texte d'une loi, pour favoriser un héritier au préjudice d'un légitimaire. Aussi Serres dit-il, page 290, « que les légitimaires ne sont pas tenus des dettes passives de l'hérédité, parceque la Légitime n'est prise que sur ce qui reste du patrimoine après que les dettes en ont été déduites, et que l'héritier retenant la valeur du montant des dettes, il ne peut par conséquent se dispenser d'en faire le paiement ».

Roussilhe, (*Institutions au droit de Légitime*, n. 19), embrasse également le parti du légitimaire : « En le réduisant à la Légitime, on lui ôte plus de la moitié des biens que la loi lui déférait, les prérogatives et les honneurs auxquels il avait droit d'atteindre ; on ne lui laisse que ce que la loi lui donne, qui est la Légitime, qui mérite toutes les faveurs ; ainsi, il ne doit pas entrer dans l'embarras de payer une partie des dettes, du moment qu'on lui a ôté tout ce dont on avait pouvoir de disposer. — Notre sentiment (continue cet auteur), est autorisé de la décision d'un arrêt du parlement de Toulouse, du 26 juin 1691, rapporté au Journal de M. de Juin, par lequel arrêt un rapport d'experts fait entre un légitimaire et l'héritier, fut homologué, quoique les experts eussent expédié du fonds à l'héritier pour les dettes qu'il avait payées, et ensuite au légitimaire sur le surplus. L'héritier prétendait que le légitimaire devait lui rembourser en argent sa portion des dettes ; mais dans l'arrêt cité, on n'y eut aucun égard, et le rapport fut confirmé ».

Il a même été jugé, par un arrêt du sénat de Chambéri, du 25 août 1588, rapporté dans le Code de Favre, (tit. *de inofficioso testamento*, *def.* 6), que le légitimaire n'est point fondé à exiger que sa portion lui soit fournie sans déduction des dettes et à la charge d'en payer lui-même sa quote part.

---

(1) *Quod avus ex causâ tutelæ nepoti debuit, cùm avo nepos solus heres extitisset, ratio falcidiæ si poneretur, in ære alieno bonis deducendum respondi.*

(2) *In imponendâ ratione legis falcidiæ, omne æs alienum deducitur, etiam quod ipsi heredi mortis tempore debitum fuerit, quamvis aditione hereditatis confusæ sunt actiones.*

Source : BIU Cujas

VI. Dans la coutume de Normandie, la déduction dont il s'agit, ne comprend que les dettes contractées avant le mariage qui a donné le jour aux enfans légitimaires; encore distingue-t-on à cet égard les dettes mobilières d'avec les immobilières: celles-ci se déduisent sur toute la masse des biens; mais celles-là n'affectent point le tiers coutumier, parceque cette espèce de Légitime, comme on l'a vu plus haut, n'a point lieu sur les meubles.

Il y a cependant une différence entre les dettes immobilières créées après le mariage, et les dettes immobilières créées auparavant. Le tiers coutumier est toujours affranchi des premières, mais il supporte les secondes en cas d'insuffisance des autres biens, comme l'ont jugé deux arrêts du parlement de Rouen, rapportés par Basnage, l'un sans date, l'autre du 11 mars 1664. La raison de cette différence n'est pas difficile à trouver. Dès qu'un homme est marié, il ne peut plus diminuer, par des aliénations à titre onéreux, ni conséquemment par des dettes, le tiers que la coutume donne à ses enfans sur tous les biens dont il était saisi au moment de son mariage. Avant ce temps, au contraire, il avait les mains libres; et si les dettes mobilières qu'il a contractées alors, affectent principalement son mobilier, elles ne laissent pas d'être exigibles subsidiairement sur ses immeubles.

VII. Dans le droit commun, comme dans la coutume de Normandie, les biens qui entrent en masse pour régler la Légitime, doivent être estimés suivant leur valeur tant intrinsèque qu'extrinsèque.

Ainsi, l'estimation d'une maison située dans une ville de commerce, doit être portée plus haut que celle d'une maison qui se trouverait dans un endroit désert, quoique l'une et l'autre fussent bâties dans le même goût, des mêmes matériaux, et avec la même solidité. On trouvera ci-après un arrêt du parlement d'Aix, du 28 juin 1658, qui a ordonné, d'après ce principe, qu'on aurait égard, en estimant un hôtel, aux embellissemens que la ville d'Arles avait fait faire depuis peu dans le quartier où il était situé.

Un fonds chargé d'une servitude ou d'une prestation quelconque, ne doit pas être estimé comme s'il était libre; car la charge à laquelle il est soumis, en diminue la valeur intrinsèque. L'arrêt que nous venons de citer, a jugé sur ce fondement, qu'une *pièce de terre, dite de l'Argelas, située en Crans* (sur laquelle la dame de Rochefort demandait sa Légitime), *serait estimée comme terre arrosable, déduction faite de la taxe que ladite terre doit pour raison dudit arrosage.*

VIII. La Légitime étant due sur les biens meubles comme sur les immeubles, il est clair que si le défunt a amélioré un héritage par des dépenses qui ont diminué son hérédité mobilière, on n'en doit pas moins, à sa mort, estimer l'héritage dans l'état où il l'a laissé, parceque si les améliorations grossissent la masse des immeubles, elles diminuent celle des meubles, et que par conséquent le légitimaire ne fait que reprendre sur l'une ce qu'on lui a ôté sur l'autre.

Cette décision est même suivie dans la coutume de Normandie, qui cependant ne donne point de Légitime aux enfans sur les meubles de leur père et de leur mère: c'est ce que nous apprend un arrêt du 10 janvier 1652, dont Basnage rapporte ainsi l'espèce: « Fourneaux ayant été décrété, ses enfans s'opposèrent pour leur tiers; le père avait fait plusieurs bâtimens qui en augmentaient la valeur: cela donna occasion aux créanciers de soutenir que les enfans, en prenant leur tiers, devaient déduire le prix des bâtimens faits par leur père depuis son mariage; qu'autrement ils profiteraient du bien des créanciers, leur père ayant employé l'argent de ceux-ci pour augmenter leur tiers. Les enfans répondaient que leur tiers leur étant adjugé selon la valeur des héritages de leur père au temps de sa mort, il ne fallait point considérer l'état où ils étaient lors de son mariage; que s'il est permis au mari de faire avantage à sa femme en bâtissant sur son fonds, quoiqu'il soit défendu si étroitement au mari de donner à sa femme, on ne doit pas priver les enfans de ce petit bénéfice, puisqu'ils sont réduits au tiers des biens de leur père. Par l'arrêt, les enfans furent déchargés de la demande des créanciers ». — On peut appuyer cette décision de toutes les raisons qu'apportent Dufresne, Renusson, Duplessis et quelques autres auteurs, pour établir que les augmentations faites par le mari sur un bien sujet au douaire, doivent tourner au profit de la femme et des enfans douairiers.

La règle des contraires paraît exiger que les dégradations commises par le défunt dans ses héritages, ne soient point comprises dans la masse sur laquelle doit être faite la supputation de la Légitime; c'est en effet une conséquence de la règle qui exempte de l'assujettissement à cette portion, les choses dont le défunt a disposé à tout autre titre que de libéralité; et il n'y a là-dessus aucune sorte de difficulté dans le droit commun.

Mais les principes de la coutume de Normandie sont tout différens: comme cette loi soumet les dispositions même onéreuses au tiers coutumier, on juge d'après son esprit, que les enfans légitimaires peuvent exercer leur action sur la valeur des dégradations faites par leur père, et notamment des bois de haute futaie qu'il a vendus. Basnage rapporte quatre arrêts qui l'ont ainsi jugé: l'un sans date, rendu au parlement de Paris, sur une contestation évoquée de Rouen; le second, du 1er août 1634; le troisième, du 2 août 1646; le quatrième, du 11 août 1659: ce dernier fait une distinction entre les bois de haute futaie que le père a vendus, et ceux qu'il a consumés pour son usage; il comprend les premiers dans la supputation, et il en rejette les seconds.

Source : BIU Cujas

IX. Cette hypothèse à part, quel temps faut-il considérer pour l'estimation des biens qu'on fait entrer en masse ? La chose est sans difficulté, quand les biens se trouvent dans la succession ; car il est évident qu'en ce cas, ils doivent être estimés sur le pied de leur valeur au temps du décès, sauf la question que nous traiterons dans un instant, de savoir si les augmentations et les diminutions qu'ils peuvent éprouver après cette époque, doivent augmenter ou diminuer la Légitime : c'est ce qui résulte clairement de la loi 6, *de inofficioso testamento*, au Code : *cùm quæritur an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem MORTIS TEMPORE testator reliquit, inspicitur.*

Mais en est-il de même des biens que le défunt a donnés, en considérant les choses dans l'ordre du droit commun, et de ceux qu'il a aliénés à titre onéreux, en rapportant la question à la coutume de Normandie ? Faut-il en ce cas régler l'estimation sur le temps de la donation et de l'aliénation, ou sur celui de la mort du défunt ? Basnage répond « que, puisque le droit (de la Légitime ou) du tiers coutumier n'est pleinement acquis aux enfans que par la mort de leur père, on ne peut en fixer le prix et l'estimation qu'au temps de son décès ; car auparavant le père a pu (donner ou) vendre, et les aliénations ne sont révoquées qu'au cas qu'il ne laisse pas assez de biens pour fournir (la Légitime ou) le tiers ». Le parlement de Rouen l'a ainsi jugé par arrêts des 30 juillet 1638, 14 avril 1644, 18 juin 1663 et 29 janvier 1685 ; il en a même fait un règlement précis par l'art. 90 des placités de 1666.

Question II. *Les augmentations ou diminutions survenues aux biens depuis la mort du défunt, augmentent ou diminuent-elles la Légitime ?*

I. Cette question est une des plus compliquées qu'il y ait sur toute la matière de la Légitime : pour la simplifier, il faut discuter séparément chacune des espèces dans lesquelles elle peut se présenter.

Les augmentations dont il s'agit, peuvent survenir après le paiement de la Légitime, ou dans l'intervalle de la mort du défunt à ce paiement.

II. Dans le premier cas, si elles tombent sur les biens qui ont été assignés au légitimaire, elles ne profitent ou ne nuisent qu'à lui ; et si elles tombent sur les biens qui sont demeurés entre les mains des héritiers ou donataires, c'est à ces derniers seuls qu'en appartient l'avantage ou la perte.

Le motif de cette décision est aussi juste que lumineux. La Légitime étant une quote des biens, le légitimaire pourrait à la rigueur la prendre sur chacun des effets qui y ont sujets : mais comme une opération de cette espèce morcellerait les biens à l'infini, on lui assigne un ou plusieurs fonds séparés, qui représentent toutes les portioncules dont son lot aurait dû être composé. Par-là, il est censé échanger (1) et même vendre (2) la part indivise qu'il a dans les choses tombées au lot de l'héritier, pour celles que l'héritier a dans les choses assignées en paiement de la Légitime. Or, les accroissemens ou les diminutions qu'éprouve un bien acquis par échange ou par achat, postérieurement à l'acte d'acquisition, sont toujours au compte particulier de l'échangiste ou de l'acheteur ; il y a même dans le Digeste un texte qui décide très positivement, qu'après le partage d'une hérédité, chaque portionnaire ressent tout le profit, comme toute la perte, qui arrive aux biens compris dans son lot : ce texte est la loi 77, §. 18, *de legatis* 2° (3), et il s'applique de lui-même à l'espèce dont il est ici question.

III. A l'égard des augmentations ou diminutions qui surviennent aux biens dans l'intervalle de la mort du défunt au paiement de la Légitime, il faut, pour savoir si elles profitent ou nuisent au légitimaire, distinguer celles qui proviennent du fait de l'héritier, de celles auxquelles il n'a point de part.

Les augmentations et les diminutions de la première espèce ne profitent ni ne nuisent au légitimaire. Ainsi, les effets périssables qui se trouvaient dans la succession au moment de son ouverture, et que l'héritier a négligé de vendre en temps opportun, doivent entrer en masse pour la supputation de la Légitime, comme s'ils existaient encore, parceque la faute de l'héritier qui en a occasionné la perte, ne peut point préjudicier aux droits des légitimaires. *Alteri per alterum non debet iniqua conditio inferri.*

Par la même raison, les améliorations et les réparations que l'héritier a faites aux biens, ne doivent pas être plus considérées pour l'augmentation de la Légitime, que si elles n'avaient pas eu lieu avant le partage. C'est ce qui a été jugé par un arrêt célèbre rendu au parlement de Provence, le 28 juin 1658 : « A ordonné et ordonne (porte-t-il), que la maison de ladite d'Oraison, située dans Arles, paroisse Saint-Martin, sera estimée en l'état où elle était lors de la mort de ladite d'Oraison, sans y comprendre les réparations et augmens provenant d'icelles . . . ; a déboute ladite . . . de la demande de six sesterées d'augment arrivé à la terre appelée des Segonnaux, et procédant du billet fait par les acquéreurs ».

Il résulte du même principe, que si l'héritier a vendu quelques biens, ce n'est point au prix de

(1) La loi 77, §. 18, D. *de legatis* 2°, appelle le partage *permutatio rerum discernens communionem.*

(2) *Divisionem prædiorum, vicem emptionis obtinere placuit.* Loi 1, C *communia utriusque judicii.*

(3) Voici les termes de cette loi : *Hereditatem post mortem suam rogati restituere nominum periculo quæ per divisionem obtigerunt, inter coheredes interpositis delegationibus, non adstringuntur ; non magis quàm prædiorum, cùm permutatio rerum discernens communionem intervenit.*

Source : BIU Cujas

ses ventes, mais à la valeur réelle des choses vendues, qu'il faut faire attention pour régler la portion des légitimaires. Le parlement de Provence l'a ainsi décidé par un arrêt que Duperrier rapporte en ces termes : « Légitime se prend sur la valeur du bien, et non sur le prix des ventes de l'héritier, par arrêt au rapport de M. de Sigoyer, le 2 mars 1638, pour le sieur de La Baume de Suse, contre le sieur de Grolée de Mevoillon. » — L'additionnaire de cet auteur appuie cette décision sur une loi romaine qui n'a pas le moindre rapport avec l'espèce dont il s'agit ; mais ce qu'il ajoute est plus exact : « La maxime est certaine, les augmens ou détrimens qui procèdent de l'industrie ou de la faute de l'héritier, ne peuvent profiter ni nuire au légitimaire ».

IV. Reste donc à savoir si les augmentations et les diminutions qui surviennent aux biens, sans le fait de l'héritier, doivent entrer en considération pour augmenter ou diminuer la Légitime. — Il faut d'abord examiner cette question par rapport aux augmentations ; nous la discuterons ensuite relativement aux diminutions.

La valeur d'un bien peut augmenter de deux manières, sans que l'héritier y contribue : ou par l'accroissement du prix, ce qu'on appelle une *augmentation interne*, ou par un changement qui survient dans le bien même, ce qu'on qualifie d'*augmentation extrinsèque*.

La question de savoir si l'augmentation interne doit entrer en masse pour fixer la Légitime, ne souffre pas grande difficulté. Il y a, à la vérité, quelques auteurs qui ont soutenu la négative : tels sont Balde, les deux Curtius, Riminald, et le président Favre ; mais leur opinion, quoiqu'appuyée sur un arrêt du sénat de Chambéry du mois d'août 1588, ne laisse pas d'être généralement rejetée, et en effet elle est insoutenable. C'est un principe hors de doute, que l'augmentation du prix intrinsèque d'un bien doit toujours tourner au profit de celui à qui appartient le bien : or la Légitime est dévolue au légitimaire dès le moment du décès de la personne qui doit la lui laisser, elle n'admet même ni délai, ni condition, ni charge ; c'est donc au légitimaire que doit appartenir le profit qui résulte de l'augmentation du prix intrinsèque des choses sujettes à ce droit.

Ce que nous disons de l'augmentation du prix à l'égard des immeubles, il faut pareillement le dire du haussement des monnaies, relativement aux sommes d'argent.

Duperrier (*Questions notables de droit*, liv. 4, quest. 31), demande si, « lorsque dans les biens que le père a laissés, il y a des capitaux de pension perpétuelle qui soient ensuite augmentés par l'augment des monnaies, cet augment doit être pris par les légitimaires à proportion de leurs Légitimes ? » — Voici sa réponse : « C'est une maxime constante et indubitable, tant en droit qu'en pratique, que les légitimaires participent à l'augment que les docteurs appellent intrinsèque, c'est-à-dire, à celui qui vient de la nature du bien et du bénéfice du temps, et non pas du fait ou de l'industrie de l'héritier.... Il s'agit ici d'un augment intrinsèque, et qui procède du seul bénéfice du temps, qui a augmenté la valeur des monnaies, sans que l'héritier y ait rien contribué de son industrie et de son fait . . . ; et par conséquent cet augment doit être considéré au capital de la pension, tout ainsi qu'on le considérerait si c'était un fonds de terre qui eût augmenté de valeur par le bénéfice du temps ».

On trouve dans cette décision le motif et l'explication d'un point de jurisprudence particulier au parlement d'Aix. — Il est d'un usage constant en cette cour d'ordonner deux estimations des biens sujets à la Légitime : l'une qu'on appelle de *tunc*, et qui a pour objet la valeur de ces biens au temps de la mort du défunt ; l'autre appelée de *nunc*, et purement relative au temps de la délivrance de cette portion. La raison de cet usage est tirée d'un statut de Provence, qui donne à l'héritier le choix de payer la Légitime en fonds ou en argent : car s'il paye en fonds, on s'arrête à la première estimation ; et s'il paye en argent, c'est la seconde que l'on considère. « Par les arrêts de la cour (dit Duperrier), il est passé en maxime dans ce pays, que les légitimaires participent à l'augmentation arrivée par le seul bénéfice du temps..... Et c'est pour ce sujet qu'il sera fait deux estimations, l'une du temps passé, et l'autre du temps présent, afin que le légitimaire, en cas de paiement en argent, participe à cette augmentation due à la seule nature et qualité du bien, et au bénéfice du temps, qui augmente ou diminue toujours le prix et valeur de toutes choses, selon la diversité des occasions ».

La faculté que les statuts provençaux accordent à l'héritier de payer la Légitime en argent, l'art. 403 de la coutume de Normandie la donne pareillement aux acquéreurs des biens soumis au tiers coutumier : mais le parlement de Rouen s'est fait là-dessus une jurisprudence toute différente de celle du parlement d'Aix : il juge que l'augmentation ou la diminution intrinsèque qui arrive dans l'intervalle de la mort du père au paiement, profite ou nuit entièrement aux acquereurs ; et lorsque ceux-ci retardent par leurs contestations la liquidation et la délivrance de la Légitime, il donne aux enfans le choix de faire estimer les biens, eu égard au temps du décès de leur père, ou à celui de la condamnation qu'ils ont obtenue. C'est ce qu'ont décidé plusieurs arrêts cités par Basnage ; et c'est ce que porte expressément l'art. 90 du règlement de 1666, conçu en ces termes : « L'estimation que l'acquéreur peut payer au lieu du tiers en essence, sera faite eu égard au temps du décès du père ; et au cas que l'acquéreur en ait tenu procès, il sera au choix des enfans de prendre ladite estimation, eu égard au temps du décès ou de la condamnation qu'ils auront obtenue ».

V. Mais l'augmentation extrinsèque, c'est-à-dire, qui a sa cause dans un changement arrivé aux

Source : BIU Cujas

biens, doit-elle entrer en masse, et faire fonds pour le règlement de la Légitime? C'est la question qui partage le plus les opinions des auteurs.

Paul de Castres, Alexandre, Curtius l'aîné, Peregrini, Barry, Fernand, Fachinée, Merlini, Boyer (Boerius) et Duperrier soutiennent vivement la négative, et ils la fondent sur la loi 44, §. dernier, D. *de bonis libertorum*. Ce texte est en effet très précis. Si, dit-il, un affranchi a laissé à son patron, soit en le nommant héritier, soit en le faisant légataire, la juste valeur de sa Légitime, eu égard aux biens qu'il avait au moment de sa mort, *si ex bonis quæ mortis tempore fuerunt, debitam partem dedit libertus, in hæreditate vel legato;* et qu'après son décès il arrive une augmentation dans son patrimoine, par le retour d'un de ses esclaves qui avait été fait prisonnier de guerre pendant sa vie, *servus tamen post mortem liberti reversus ab hostibus augeat patrimonium*, le patron ne peut pas se plaindre de n'avoir pas dans cet esclave la part qu'il y aurait eue s'il eût été institué héritier dans sa Légitime, *non potest patronus propterea queri quòd minùs habeat in servo quàm haberet si ex debitâ portione esset institutus.* Il faut dire la même chose de l'augmentation qui arriverait à un fonds héréditaire, par le bénéfice d'une alluvion, parceque l'affranchi a rempli son devoir envers le patron, en lui laissant sa juste portion des biens dans l'état où ils se trouvaient au moment de sa mort: *idem est et in alluvione cùm satisfactum sit ex his bonis quæ mortis tempore fuerunt.* Et cette décision s'applique aussi à l'accroissement d'hérédité ou de legs qui a lieu en faveur de l'affranchi décédé, par l'abstension de ses cohéritiers ou colégataires: *idem est si pars legati liberto relicti ab eo cui simul datum erat, vel hereditati nunc, illis abstinentibus, accrescat.* — Ce texte paraît avoir servi de motif à un arrêt du parlement de Toulouse du 28 juin 1577, rapporté par Maynard, liv. 3, ch. 30; et à une décision de la rote de Rome, citée par Merlini, *de Legitimâ*, liv. 5, tit. 3, quest. 7.

L'opinion contraire a pour défenseurs Zoëz, Despeisses, Voët, Duplessis, Ricard, Lebrun, La Peyrère, Ferrière, le président Espiard, etc. On l'appuie communément sur la loi 43, D. *ad legem falcidiam*: si, dit-elle, les esclaves du testateur, qui avaient été pris de son vivant par les ennemis, reviennent après sa mort, *servi qui apud hostes sunt post mortem testatoris reversi*, l'augmentation que leur retour produit dans les biens de l'hérédité, entre en considération pour la quarte falcidie: *quod ad falcidiam pertinet, locupletiorem faciunt hereditatem.*

Voilà deux textes qui, au premier abord, semblent se contredire; cependant on peut les concilier, et même faire voir qu'ils ne doivent ni l'un ni l'autre influer sur la question proposée.

Cujas, sur le livre 5 des questions de Paul, explique ainsi l'espèce du premier.—Il remarque d'abord sur ces paroles, *debitam partem dedit libertus in hereditate vel legato*, qu'il était indifférent que la Légitime du patron lui fût laissée à titre d'institution ou de legs; que néanmoins la loi parle d'un patron qui n'avait été appelé à sa Légitime qu'avec la qualité de légataire, et que cela résulte nécessairement des termes suivans: *Non potest patronus propterea queri quòd minùs habeat in servo, quàm haberet si ex debitâ portione esset institutus.* Cujas tire de là cette conséquence, que si le patron eût été institué dans sa Légitime, il aurait profité des augmentations survenues après la mort du défunt, par le retour des esclaves, par l'alluvion, et par le droit d'accroissement. Mais comme il n'est que légataire, ajoute ce jurisconsulte, il ne gagne rien à ces évènemens avantageux; tout ce qui accroît aux biens héréditaires appartient à l'héritier; le légataire n'y a pas la moindre chose à prétendre.

Il paraît en effet que cette loi met une différence réelle et effective entre l'institution et le legs par rapport à la Légitime du patron: mais cette différence n'est point fondée, quoi qu'en dise Cujas, sur le principe que les héritiers profitent toujours, à l'exclusion des légataires, des augmentations qu'éprouvent les biens après la mort du testateur; car ce principe est évidemment faux; et la loi 16, D. *de legatis* 3°, le détruit de fond en comble, en adjugeant au légataire l'alluvion et l'atterrissement qui ont augmenté la chose léguée dans l'intervalle de la mort du défunt à la délivrance: *Sæpè legatum plenius restituitur fideicommissario quàm esset relictum: veluti si alluvione ager auctus esset, vel etiam insulæ natæ.* — Il faut donc que la loi 44, *de bonis libertorum*, ait un motif particulier; et le voici. Dans l'ancien droit, on ne connaissait pas l'action en supplément de Légitime: quand le testateur ne laissait pas la Légitime entière à ceux qui en avaient le droit, son testament était nul pour le tout, et on le faisait déclarer tel, soit par la querelle d'inofficiosité, soit par la demande en possession des biens *contra tabulas*. Ainsi, dans l'espèce de la loi dont il s'agit, on ne pouvait donner au patron légataire une part aux augmentations survenues après la mort de l'affranchi, sans juger que celui-ci ne lui avait pas laissé sa Légitime entière, et par conséquent sans soumettre le testament à la demande en possession des biens *contra tabulas*. Ce n'est donc que pour éviter cet inconvénient, et par la seule faveur des dernières volontés, que la loi ordonne de considérer les biens dans l'état où ils se trouvaient au moment du décès.

En vain dirait-on avec Duperrier, que ce texte ne fonde pas sa décision sur ce motif: le contraire est prouvé par ces mots, *cùm satisfactum est ex his bonis quæ mortis tempore fuerunt.* C'est comme si la loi disait: la demande en possession des biens *contra tabulas* ne peut avoir lieu de la part du patron, que quand le défunt n'a point rempli à son égard le devoir que lui prescrivait sa qualité d'affranchi, c'est-à-dire, lorsqu'il ne lui a point laissé

Source : BIU Cujas

sa Légitime entière. Mais lorsqu'il s'est acquitté envers son bienfaiteur, *cùm satisfactum est*, lorsqu'il lui a legué expressément toute la portion qu'il lui devait, eu égard aux biens qu'il laissait en mourant, *ex bonis quæ mortis tempore fuerunt*, la loi est satisfaite, son devoir est rempli, et les augmentations qui surviennent dans la suite ne doivent point faire juger qu'il manque quelque chose dans ce qu'il a laissé au patron pour Légitime, parceque ce serait soumettre son testament à la cassation, et conséquemment le punir comme ingrat et inofficieux, tandis que son intention a été droite et conforme au vœu du législateur.

Une autre objection de Duperrier est que si la loi dont il s'agit, était fondée sur le motif que nous venons d'exposer, Tribonien ne l'aurait pas insérée dans le Digeste, puisque ce recueil a été publié postérieurement à la loi 30, C. *de inofficioso testamento*, qui a introduit la demande en supplément de Légitime (1).

Mais qui est-ce qui ignore que les compilateurs du Digeste y ont laissé subsister une infinité de traces du droit ancien? On en a déjà vu des preuves à l'article *Légataire*, §. 5, n. 2; et la loi 8, §. 6 et 8, D. *de inofficioso*, en renferme une nouvelle par rapport à l'objet même qui nous occupe.

Il faut donc regarder la décision de la loi 44, D. *de bonis libertorum*, comme particulière à l'espèce sur laquelle elle porte, et par conséquent comme étrangère à la question que nous avons à résoudre.

Il y a même des auteurs qui en tirent un argument contraire au système de Duperrier. Puisque cette loi, disent-ils, donne au patron institué dans sa Légitime, une quote des augmentations produites après la mort de l'affranchi, par le retour d'un esclave, par une alluvion, ou par un droit d'accroissement, ne doit-on pas regarder cette disposition comme générale, depuis que la novelle 115 a établi la nécessité de laisser toujours la Légitime à titre d'institution? Non, pouvons-nous répondre, parceque l'institution dans la Légitime ne rend pas le légitimaire véritablement héritier, comme nous l'avons prouvé ci-dessus, sect. 2, §. 1, et que la loi citée parle d'un patron qui, prenant la qualité d'héritier, en a aussi tous les droits.

Encore une fois donc, ce texte ne peut pas recevoir une application exacte à notre espèce, et il faut chercher ailleurs des raisons pour la décider.

La loi 43, D. *ad legem falcidiam*, ne s'y rapporte pas plus directement: elle veut, à la vérité, que l'on considère, pour la quarte falcidie, l'augmentation survenue après le décès du testateur par le retour d'un esclave; mais cette disposition n'a pas d'autre motif que la faveur des legs dont elle exclut ou réduit le retranchement, en imputant dans la quarte falcidie l'augmentation dont elle parle. Cela est si vrai, que, dans le cas contraire, c'est-à-dire, lorsqu'il est arrivé une diminution après le décès du testateur, soit par la fuite d'un esclave, soit par la ruine d'un édifice, la loi 73, D. *ad legem falcidiam*, ordonne de n'avoir égard qu'à l'état des biens au temps de la mort. Naturellement on devrait suivre pour les diminutions la règle inverse des augmentations: mais comme celles-ci favorisent le testament, et que celles-là lui sont contraires, on ne considère que les premières, et l'on ne fait pas attention aux secondes. Il n'y a rien en cela qui doive surprendre: le testateur est maître de défendre la quarte falcidie, c'est de sa volonté qu'elle dépend entièrement; c'est donc sur les présomptions de cette volonté qu'on doit en régler l'exercice et en faire la supputation.

Ainsi, les deux lois sur lesquelles on appuie respectivement deux opinions contraires, sont cependant fondées sur le même motif: l'une exclut les augmentations de la supputation de la Légitime, parcequ'elle ne pourrait pas les y comprendre, sans porter atteinte à un testament; l'autre les fait entrer en masse, parcequ'elle ne pourrait pas les exclure, sans soumettre les legs au retranchement de la falcidie; en sorte que dans le premier cas, comme dans le second, c'est la faveur des dernières volontés qui l'emporte.

Laissons donc là les décisions du droit romain, et ne consultons que les principes. — Il est certain que la Légitime est due au moment de la mort, et qu'elle affecte tous les biens de l'hérédité. Il est également hors de doute que le légitimaire doit trouver dans ce qu'on lui assigne pour éviter la section de chaque effet soumis à son droit, une représentation exacte et complète de tout ce qu'il aurait eu si le partage s'était fait aussitôt après la mort du défunt, et qu'il eût pris sur chaque effet la quote qui lui était due: or, si les choses s'étaient ainsi passées, le légitimaire aurait eu sa part des biens qui ont reçu l'augmentation, et par conséquent il aurait profité de cette augmentation proportionnellement à la quotité que formait sa Légitime dans la masse de la succession. — Nous ne croyons pas qu'il soit possible de répondre à ce raisonnement.

Aussi toute la subtilité de Duperrier n'a-t-elle pas pu entraîner le parlement de Provence dans son système: ce jurisconsulte prétendait que le sieur de Bressieux, héritier de la dame d'Oraison, ne devait pas tenir compte à la dame de Rochefort, réduite à sa Légitime, de l'augmentation qui était survenue, depuis la mort de la testatrice, à la valeur d'une maison située à Arles, sous prétexte que cette augmentation ne venait pas de la nature même du bien, mais des ouvrages et des embellissemens que la ville d'Arles avait fait faire dans le quartier où elle se trouvait. La dame de Rochefort combattit cette prétention avec succès: par arrêt du 28 juin 1658, il fut ordonné *que les experts qui procèderaient à ladite estimation, auraient égard à l'agrandissement de la nouvelle rue, construction*

(1) Cette loi est de 528, et la promulgation du Digeste n'a eu lieu qu'en 533.

Source : BIU Cujas

de la porte, et pont sur la rivière du Rhône, par ordre et aux dépens de la ville d'Arles.

Dans la même cause, Duperrier soutenait qu'un pré qui avait été desséché depuis le décès de la dame d'Oraison, par l'entreprise du sieur de Vanens, que les consuls du lieu avaient préposé pour un dessèchement général, ne devait entrer en masse qu'à raison de sa valeur au temps de la mort de la défunte; et il en donnait deux raisons : — « Premièrement (disait-il), il suffit que l'augmentation soit arrivée par une cause extrinsèque et par le changement de l'état du bien, pour en exclure le légitimaire, quoique l'héritier n'y ait rien mis du sien que sa bonne fortune. — Secondement, l'héritier ou les possesseurs ont attiré ce changement et ce dessèchement par l'abandonnement qu'ils ont fait au sieur de Vanens de deux tiers de leurs biens; et si la portion du légitimaire est diminuée par l'abandonnement de ces deux tiers, cela n'empêche pas qu'il ne soit vrai que l'héritier ou les possesseurs y ont contribué de leur propre bien, et beaucoup plus que le légitimaire, et que par conséquent ils n'en soient la principale cause ». — Duperrier ajoutait qu'à tout événement, il fallait, dans l'estimation, avoir égard aux inondations que des pluies extraordinaires pouvaient encore occasionner dans le bien dont il s'agissait.

Voici ce que l'arrêt cité a prononcé là-dessus : « Les prés de Beaujeu en l'estimation de *nunc*, seront estimés en l'état qu'ils se trouvent, et sera déduite et distraite de la contenance d'iceux la part et portion compétante pour le dessèchement des marais d'Arles; et sera faite considération aux accidens qui peuvent arriver audit dessèchement ».

VI. Le président Espiard apporte une limitation à la thèse que nous venons d'établir. « Si le père avait assigné la Légitime sur certains biens (dit-il), la valeur de ces biens au temps du décès est seule considérée ». Lebrun pense de même; et cela paraît fort juste. L'assignat fait par le père, équivaut à un partage entre l'héritier et le légitimaire : or, on a vu plus haut que celui-ci n'a aucun droit aux augmentations qui arrivent après le partage dans les biens compris au lot de celui-là; il en doit donc être de même dans le cas dont il est ici question. — « Mais (observe Rousilhe), cela doit s'entendre quand les biens assignés pour droits légitimaires, remplissent la Légitime; s'ils ne la remplissaient pas, le légitimaire serait alors en droit de demander un supplément; ainsi, il profiterait, par cette demande, des augmentations qui seraient survenues sans le fait de l'héritier ».

VII. Une autre exception également approuvée par Lebrun, par Pothier, par le président Espiard, et même par Rousilhe qui critique le premier de ces auteurs, faute de l'entendre, est que l'augmentation arrivée depuis la mort du défunt sur les biens donnés entre-vifs, ne profite pas au légitimaire, lorsque les biens qui se trouvent dans la succession *ab intestat*, suffisent pour remplir la Légitime. La raison en est simple. — Le légitimaire n'a droit, comme nous l'avons dit, de faire entrer les améliorations en masse, que parcequ'on suppose, par une fiction de droit, qu'il prend sa Légitime sur chaque bien ou effet de l'hérédité : or, quand les biens qui composent la succession *ab intestat*, sont suffisans pour compléter la Légitime, le légitimaire ne peut pas toucher à ceux que le défunt a donnés de son vivant; on ne peut donc pas appliquer à cette hypothèse le fondement sur lequel il profite, à proportion de sa Légitime, de toutes les augmentations qu'éprouvent les biens ou effets héréditaires; on ne peut donc alors considérer les choses données que sur le pied de leur valeur au temps du décès, époque où la Légitime est due.

VIII. Le gain d'un procès entamé par le défunt et repris par l'héritier, doit-il augmenter la Légitime?

Matthieu, *de afflictis*, déc. 382, soutient la négative, et le président Favre l'approuve jusqu'à un certain point. Suivant ce magistrat, il y a deux choses à considérer dans un procès, par rapport à la supputation de la Légitime : savoir, l'incertitude de l'événement et les soins de l'héritier. Il est certain, dit-il, que les soins de l'héritier ne doivent point grossir la portion du légitimaire; ainsi, on ne doit faire entrer en masse que l'estimation des droits litigieux, considérés suivant ce qu'on aurait pu les vendre au moment de la mort du défunt.

L'opinion de Matthieu *de afflictis*, est sans contredit trop générale : aussi a-t-elle été rejetée par le conseil souverain de Naples, comme nous l'apprend César Ursilis dans ses notes sur cet auteur. L'avis de Favre est plus spécieux, mais il n'est pas mieux fondé; et l'on doit tenir pour constant, que le légitimaire doit profiter du gain du procès, en contribuant aux déboursés de l'héritier jusqu'à concurrence de sa quote part. Il ne faut pas même distinguer si le jugement est antérieur au partage et au paiement de la Légitime, ou s'il n'est intervenu qu'après. En effet, c'est un principe consacré par la loi 143, D. *de verborum significatione*, que celui qui a une action est censé avoir la chose même qu'elle a pour objet, *qui actionem habet, ipsam rem habere videtur*. On doit donc tenir compte du bien qui est rentré dans le patrimoine de l'héritier en conséquence d'un procès intenté par le défunt, comme s'il s'était trouvé dans la succession à la mort même de celui-ci. D'ailleurs, le légitimaire a certainement sa part dans les droits litigieux, de même que dans les biens qui existent en nature : on doit donc le considérer, à l'égard de ces droits, comme le consort de l'héritier, et par conséquent la victoire obtenue par celui-ci doit lui profiter, en refondant sa quote part des frais, comme s'il l'avait obtenue lui-même. Soutenir le contraire, c'est donner ouverture à deux pro-

Source : BIU Cujas

positions absurdes : 1° il en résulterait qu'un consort qui a plaidé seul, pourrait s'approprier tout le fruit d'un procès, malgré l'offre que lui feraient les autres de leur quote part des frais, pour entrer en partage avec lui; ce qui est contraire à toute idée de justice. 2° Une autre conséquence non moins singulière, serait que les propres pour la succession desquels l'héritier aurait été obligé de plaider long-temps, devraient lui tenir nature d'acquêts jusqu'à concurrence de ses soins et de ses déboursés; ce qui n'est certainement reçu nulle part.

L'opinion de Favre serait cependant exacte dans un cas : si le légitimaire avait, moyennant une certaine somme, cédé à l'héritier sa part dans les droits litigieux, il ne serait pas juste que le gain du procès obtenu ensuite par l'héritier, entrât en masse pour grossir la Légitime ou la suppléer; le légitimaire ne serait pas même recevable à demander la rescision de son acte de transport, parceque toute vente de droits litigieux est considérée comme un coup de filet, *jactus retis*, et que par conséquent il ne peut y échoir de lésion relativement au temps du contrat; ce qui est indispensable pour donner lieu au bénéfice de restitution en entier. C'est sur ces raisons qu'un arrêt du sénat de Chambéry du 31 août 1593, a débouté un légitimaire de sa demande en rescision d'un accord de cette espèce qu'il avait fait antérieurement au gain d'un procès héréditaire.

IX. Doit-on regarder comme une augmentation de l'hérédité, et par conséquent faire entrer en masse, une donation qui a été faite à l'héritier après la mort du défunt, en reconnaissance des services que le donateur avait reçus de celui-ci ? L'arrêt que nous venons de citer, a jugé pour la négative; et cette décision est très juridique. On ne peut, dit Favre, prendre la Légitime que sur les biens qui se trouvent dans le patrimoine du défunt au moment de sa mort; c'est la disposition expresse de la loi 6, C. *de inofficioso* : or, on ne peut pas mettre au nombre de ces biens, ceux qui n'ont été donnés qu'après sa mort, quoiqu'en considération de sa personne, parceque la donation pouvait n'en pas être faite, et que le défunt ne peut être censé avoir eu ce que ni lui ni son héritier n'étaient en droit de demander par action. On objecte qu'une donation est toujours réputée faite à celui en considération duquel le donateur a entendu la faire; mais cette maxime, que l'on fonde sur la loi 42, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, ne peut certainement point être appliquée au cas où la personne que le donateur considère, n'existe plus.

X. Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent des augmentations qui arrivent sans le fait de l'héritier, il faut le dire en sens contraire des diminutions de la même espèce. C'est ce qu'exige nécessairement la règle des corrélatifs, et c'est ce que tous les auteurs reconnaissent d'une voix unanime.

XI. Il s'est présenté à ce sujet une question remarquable, et qui a été jugée au parlement de Provence par l'arrêt du 28 juin 1658, dont nous avons déjà rapporté quelques dispositions : voici comment Duperrier en proposait l'espèce dans son mémoire : — « En 1623, dix-neuf ans après le décès de la dame d'Oraison, le marquis de Bressieux vendit à Constantin quatre-vingt-cinq sesterées du ténement Manusclat, pour le prix mentionné dans le contrat, qui lui fut payé, partie en argent comptant, et partie en seize sesterées de terre que ledit Constantin lui abandonna, lesquelles étaient assises dans un autre endroit plus éloigné du Rhône que ces quatre-vingt-cinq sesterées, et cet éloignement a conservé les seize sesterées, pendant que le Rhône a pris et emporté les quatre-vingt-cinq sesterées vendues à Constantin..... Et toutefois les experts, en faisant l'estimation du temps présent, n'ont point eu d'égard à cet évènement, et ont estimé les quatre-vingt-cinq sesterées, comme si elles étaient présentement en nature ». — Duperrier prouve très clairement que cette estimation était contraire à tous les principes; et venant à la question de savoir si au moins la dame de Rochefort ne pouvait pas faire entrer dans la liquidation le prix qu'avait tiré le marquis de Bressieux de la vente des quatre-vingt-cinq sesterées emportées par le Rhône, il s'explique en ces termes : « L'arrêt de la cour, de l'an 1646 (1), a décidé cette question, en déclarant que la dame de Rochefort ne pouvait pas faire liquider son droit de Légitime sur le pied du prix de ce même ténement de Manusclat, vendu par le sieur de Bressieux; car en faisant ce jugement, elle a déclaré que le légitimaire ne pouvait tirer aucun profit et avantage de la vente, comme procédant du propre fait de l'héritier et de son industrie, ou de son bonheur et de l'imprudence de l'acheteur, qui fit cet achat sans considérer le danger d'une pièce qui avait un voisin si redoutable ». — Il faut convenir que cette prétention avait pour elle le vœu des principes et la rigueur du droit; cependant l'arrêt cité y a apporté un tempérament qu'on ne peut s'empêcher de reconnaître pour équitable; voici comment il est conçu : « Le mas de Manusclat sera estimé de *nunc* en l'état qu'il est de présent, sans que les quatre-vingt-cinq sesterées vendues à François Constantin par acte du 24 de novembre 1623, et emportées par la rivière du Rhône, puissent faire fonds et être considérées tant à l'estimation de *tunc* que de *nunc*; a ordonné néanmoins que tout ce qui a été donné et payé par ledit Constantin pour le fait dudit achat, fera fonds et entrera dans lesdites deux estimations, comme subrogé aux terres vendues audit Constantin, et emportées par la rivière ».

(1) L'arrêt de la même cour, du 2 mars 1638, rapporté ci-dessus, n. 3, avait déjà jugé la même chose.

Source : BIU Cujas

Question III. *Comment faut-il considérer les biens de l'aïeul, pour régler la Légitime des petits-enfans ?*

I. Il n'y avait aucune espèce de difficulté sur cette question dans l'ancien droit romain : comme la Légitime était toujours le quart de la portion héréditaire, on considérait, pour la régler, ce que le père des petits-enfans eût pris dans la succession *ab intestat*, et on leur en donnait le quart. Ainsi, lorsqu'il se trouvait des petits-enfans de deux souches, par exemple, trois de l'une, et un seul de l'autre, la Légitime de ce dernier était une once et demie ou un huitième ; et celle de chacun des trois autres était une demi-once ou un vingt-quatrième. C'est ce que décidait formellement la loi 8, §. 8, *de inofficioso testamento*, au Digeste : *Quoniam autem quarta debitæ portionis sufficit ad excludendam querelam..... Proindè si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, putà tres, ex uno unus, unicum sexuncia, unum ex illis semiuncia querelâ excludit.*

II. La chose est également simple et facile dans la coutume de Paris, qui fixe toujours la Légitime à la moitié de la portion *ab intestat*. Denizart explique fort clairement les différens cas qui peuvent se présenter à ce sujet : — « S'il y a tout à la fois des enfans vivans et des petits-enfans qui viennent par représentation de leur père ou mère, la Légitime se partage selon le nombre des enfans au premier degré qui restent vivans, et de ceux qui, étant morts, ont laissé des enfans qui les représentent ; et ceux-ci n'ont entre eux que la Légitime qu'aurait eue la personne qu'ils représentent. S'il n'y a que des petits-enfans ou autres descendans plus éloignés, leur Légitime se règle par souche ; de manière que les descendans de chaque fils ont entre eux la même Légitime qu'aurait eue leur père. Mais comment doit-on en user lorsqu'il y a plusieurs petits-enfans d'une seule souche ? Par exemple, un père a un fils unique qui décède avant lui, laissant plusieurs enfans : si le grand-père vient à décéder, quelle sera la Légitime des petits-enfans, s'ils sont au nombre de quatre ou cinq ? Il faut répondre, qu'à Paris, chacun aura un huitième, s'ils sont quatre ; et un dixième, s'ils sont cinq ».

III. Dans les pays où l'on suit la fixation introduite par la novelle 18, c'est-à-dire, où la Légitime est le tiers de la portion *ab intestat*, lorsqu'il n'y a que quatre enfans, et la moitié lorsqu'ils sont en plus grand nombre, il peut arriver deux cas : ou l'aïeul laisse des petits-enfans de plusieurs fils, ou il n'en laisse que d'un seul.

Au premier cas, il est hors de doute qu'on doit régler la Légitime des petits-enfans eu égard aux personnes qu'ils représentent, et par conséquent la fixer au tiers, si les fils n'étaient que quatre, et à la moitié, s'ils excédaient ce nombre.

Au second cas, Pérégrini, Barri, Lebrun, Denizart, Roussilhe et plusieurs autres auteurs estiment que la portion légitimaire doit être réglée suivant le nombre des petits-enfans, c'est-à-dire, à la moitié, s'ils sont plus de quatre, et au tiers, s'ils sont au-dessous de ce nombre ; parce-qu'étant tous nés d'un fils unique, et n'ayant ni oncles ni cousins germains pour concurrens, ils ne viennent point par représentation, mais par un droit qui leur est propre et personnel. C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt du sénat de Chambéry, du 28 avril 1614, rapporté par le président Favre.

Voët, au contraire, soutient que dans ce cas, on doit encore restreindre la Légitime au tiers, quand même le nombre des petits-enfans serait au-dessus de quatre ; et la raison qu'il en donne, est décisive : c'est que la mort prématurée de leur père ne doit pas diminuer la liberté de tester dans la personne de leur aïeul, ni conséquemment obliger celui-ci de leur laisser la moitié de ses biens pour leur Légitime, tandis qu'il n'en devait qu'un tiers à leur père, qui certainement avait plus de droit qu'eux, et les aurait exclus, s'il n'était pas prédécédé.

On oppose à cet argument la faveur si justement due à la Légitime : il vaut mieux, dit-on, borner le pouvoir de l'aïeul, relativement à la disposition de ses biens, que de diminuer les faibles portions qu'il est obligé de laisser à ses petits-enfans ; en tout cas, ces derniers sont déjà assez malheureux d'avoir perdu sitôt l'auteur de leurs jours ; et la nouvelle restriction apportée par la loi à la disponibilité des biens de leur aïeul, est pour eux une espèce de dédommagement de la mort prématurée d'un père qui aurait pu augmenter, par son travail et son économie, le patrimoine qu'il leur a laissé. — Mais la raison de Voët reste. De simples considérations d'équité ne peuvent pas faire fléchir un principe.

IV. La question que nous venons d'agiter pour le cas où les petits-enfans proviennent tous d'une seule souche, peut se représenter relativement à un statut donné aux États de Provence le 3 août 1472. — Ce statut borne à un simple droit de Légitime les filles qui concourent avec des mâles dans les successions de leur père, mère, aïeul ou aïeule : on demande en conséquence, si une petite-fille peut exiger sa Légitime sur tous les biens de son aïeul maternel, ou seulement sur la Légitime qu'aurait eue la mère, au cas qu'elle eût survécu à son père.

Ou cette petite-fille concourt, soit avec des oncles, soit avec des cousins germains, ou elle ne concourt qu'avec ses propres frères.

Lorsque la petite-fille concourt avec des oncles ou des cousins germains, il est incontestable qu'elle ne peut prendre sa Légitime que sur celle de sa mère : c'est ce qui résulte, dit Duperrier, « d'un arrêt solennel qui a toujours servi de règlement, donné au rapport de M. de Calas, le 1er avril 1605, en la discussion de

Source : BIU Cujas

Joachim de Matheron, sieur de Salignac; car Louise d'Ortigues avait un fils nommé Charles de Matheron, et deux filles nommées Louise et Jeanne, tous lesquels enfans mâle et femelles étaient morts avant leur mère, ayant néanmoins tous laissé des enfans; à savoir, Charles, un mâle nommé Joachim, et six filles; comme aussi Louise et Jeanne avaient pareillement laissé des enfans. Ainsi, Louise d'Ortigues n'ayant eu aucun enfant du premier degré, mais seulement un fils de son fils, qui était Joachim, et des petites-filles, elle fit son testament, par lequel elle institua Joachim, et fit quelques legs aux sœurs de Charles, lesquelles, après le décès de la testatrice, demandèrent le supplément de Légitime sur tous les biens délaissés par leur aïeule, par cette raison qu'elles succédaient de leur propre chef, représentant seulement le degré de leur père, et qu'il ne s'agissait pas de son hérédité, mais de celle de ladite d'Ortigues, leur aïeule. Au contraire, Joachim soutenait que, quoique Charles, leur père commun, fût mort avant leur aïeule, toutefois la représentation faisait que par une fiction de la loi, il était réputé pour vivant, et que partant, s'agissant de la portion de leur père, il s'agissait en effet de ses biens, et ainsi elles ne pouvaient prendre leur Légitime que sur la portion que leur père aurait dans ces biens, s'il était effectivement vivant, et qu'il eût survécu à l'aïeule, *quia fictio tantùm operatur in casu ficto quantùm veritas in casu vero;* autrement la fiction serait imparfaite, et la loi comme la nature ne fait jamais rien d'imparfait dans ses opérations. Et ce fut ainsi que la cour le jugea par cet arrêt; car elle n'adjugea aux sœurs de Joachim leur droit de Légitime, qu'à raison d'un quatorzième, non pas sur tous les biens de la testatrice, mais seulement sur un neuvième, qui était la Légitime de Charles, leur père, parceque la testatrice avait laissé trois enfans; à savoir, Charles, et deux filles, Louise et Jeanne, ou leurs enfans: tellement que cet arrêt, qui depuis a toujours été tenu pour un règlement, a déclaré que la succession des petits-fils qui représentent leur père ou leur mère, doit être réglée et partagée comme si ce père ou cette mère avait survécu à l'aïeule, et comme s'il s'agissait de la succession du père ou de la mère ».

Il y a certainement une erreur dans l'exposé de cet arrêt; car les petites-filles devaient avoir leur Légitime sur toute la portion héréditaire de leur père; c'est la conséquence nécessaire du principe sur lequel Duperrier lui-même se fonde, que la Légitime des petits-enfans doit être réglée *comme s'il s'agissait de la succession du père ou de la mère.* Si le père eût succédé *ab intestat* à l'aïeul, il n'aurait pas été réduit à une Légitime. Ce n'était donc pas seulement sur sa Légitime, mais sur toute sa portion héréditaire que devait être prise la Légitime de ses filles. C'est sans doute aussi ce qu'a jugé l'arrêt; et il est probable que Duperrier ne l'a cité autrement, qu'à cause que, dans le mémoire dont est extrait le passage transcrit ci-dessus, ce jurisconsulte avait à établir que la Légitime d'une petite-fille dans la succession de son aïeule maternelle, ne doit être levée que sur la Légitime qu'aurait eue sa mère en cas de survie: cette thèse est exacte, parceque la mère n'aurait pu, aux termes du statut dont il s'agit, demander qu'une Légitime sur les biens de l'aïeul: mais on peut, ce semble, reprocher à Duperrier de l'avoir appuyée d'une citation fausse ou du moins tronquée.

Le mémoire dont nous venons de parler, a eu tout le succès qu'il méritait. Par arrêt du 22 juin 1641, le parlement de Provence a jugé que *la Légitime sur l'aïeul maternel se partage, en sorte que le petit-fils a le total, et sa sœur n'a que la Légitime sur la Légitime.* — La même chose avait déjà été jugée par un arrêt rendu en 1628, et par un autre du premier décembre 1631. L'additionnaire de Duperrier, qui les rapporte, en confirme la décision par une anecdote assez singulière. « Ce fameux jurisconsulte (dit-il, en parlant de Duperrier), invoqua cette même maxime dans son testament fait le premier de mars 1666. Il légua à la fille de Marie Duperrier, sa fille prédécédée, une somme de 2000 livres, pour lui tenir lieu de supplément de Légitime; et il ajouta ces expressions remarquables: *Suivant les arrêts de la cour, qui ont appliqué au petit-fils mâle le total du supplément, en réduisant les petites-filles à la Légitime de la Légitime que leur mère prédécédée aurait prise sur les biens de son père et aïeul maternel desdites petites-filles* ».

V. Dans le cas où la petite fille qui demande sa Légitime, ne concourt qu'avec ses frères, ce qui arrive toutes les fois que l'aïeul maternel n'a laissé des petits-enfans que d'une fille unique, la petite-fille doit-elle prendre sa portion légitimaire sur toute la masse des biens? — L'affirmative serait indubitable dans le système de ceux qui prétendent que, de droit commun, la Légitime des petits-enfans, lorsqu'ils sont au nombre de cinq et tous issus d'un fils unique de l'aïeul, doit être la moitié de ce qu'ils auraient recueilli dans la succession *ab intestat*, quoique celle de leur père eût été limitée au tiers. — Mais ce système est trop bien réfuté par Voët, pour que l'on puisse ne pas assimiler ce cas au précédent.

Question IV. *Comment faut-il considérer les biens pour régler la Légitime d'un aîné?*

I. Pour résoudre cette question, qui consiste, comme on le voit, à savoir quels sont les droits d'un aîné réduit à sa Légitime, il faut distinguer le cas où les biens soumis au droit d'aînesse se trouvent dans la succession *ab intestat*, d'avec celui où le défunt a disposé de ces biens.

II. Il y a sur le premier membre de cette distinction quatre avis différens.

Les uns tiennent qu'un aîné ne doit pas avoir une

Source : BIU Cujas

plus forte Légitime que ses frères et ses sœurs ; et ils fondent leur opinion sur la novelle 18, qui ordonne en effet un partage égal de la portion légitimaire entre tous ceux qui y ont droit, *singulis ex æquo quadruncium vel sexuncium dividendo.* C'est en conséquence de cet avis qu'on juge constamment au conseil souverain d'Utrecht, que l'aîné est obligé d'imputer dans sa Légitime les fiefs que la coutume lui donne pour préciput : par ce moyen, disent les auteurs qui attestent cette jurisprudence, et notamment Bort (*van het Holl. Leen-R. part.* 5, *tit.* 3, *cap.* 2, *matrim.* 4, *n.* 9), et Vandepoll (*de exheredatione et præteritione*, page 172), on concilie la loi qui prescrit l'égalité entre tous les légitimaires, avec celle qui affecte les fiefs à l'aîné. — La même chose a lieu dans la coutume de Valenciennes, relativement au droit de maîneté.

La seconde opinion est que l'aîné doit avoir son droit d'aînesse en entier, et une portion légitimaire dans les meubles et les rotures. Le motif sur lequel on la fonde, paraît d'abord assez plausible : le préciput d'aînesse dans les fiefs, et la Légitime dans les autres biens, sont deux droits qu'on ne peut ôter à l'aîné ; par conséquent, dit-on, ils doivent concourir dans sa personne, sans que l'un puisse diminuer l'autre.

La troisième opinion est que, dans les coutumes où l'on distingue le préciput de la portion avantageuse, l'aîné doit avoir le préciput entier, et prendre pour sa Légitime le tiers ou la moitié de la portion avantageuse, ainsi que de la part égale qu'il aurait eue dans les autres biens, si le père n'eût pas disposé.

Enfin, suivant la quatrième opinion, l'aîné doit avoir pour Légitime le tiers ou la moitié de tout ce qu'il aurait recueilli à titre d'héritier *ab intestat*, si le père n'eût pas fait de dispositions gratuites.

Ce dernier avis est sans contredit le plus exact et le plus sûr, et il suffit, pour s'en convaincre, d'apprécier les trois autres.

Le premier n'a d'autre fondement qu'une mauvaise application de la novelle 18. Chez les Romains, tous les enfans étaient égaux en succession, ils devaient donc l'être aussi en Légitime : nos coutumes, au contraire, donnent à l'aîné un préciput dans les fiefs ; elles doivent donc pareillement lui assigner une plus forte Légitime qu'aux cadets. Cette vérité ne peut paraître douteuse lorsqu'on la rapproche de la loi qui fixe la Légitime à une quotité de la portion qu'on aurait *ab intestat.*

Le second avis n'est pas plus régulier. « Pourquoi (dit Lebrun), l'aîné n'ayant pour sa Légitime que la moitié de ce qu'il aurait eu *ab intestat* dans les autres biens, aurait-il tout son droit d'aînesse dans les fiefs.....? La coutume qui prescrit la quotité de sa Légitime, la règle aussi bien pour son droit d'aînesse que pour le surplus, n'ayant jamais été dit nulle part que la Légitime fût la portion entière ; ce qui irait même à énerver et anéantir les substitutions, sur lesquelles les créanciers d'un aîné, déduisant un droit d'aînesse en son entier, consommeraient entièrement la matière des substitutions ».

A ces raisons se réunissent deux réflexions décisives. — 1° La Légitime n'est accordée à un enfant que pour lui fournir des alimens ; elle n'aurait donc pas lieu en faveur de l'aîné, si celui-ci trouvait dans son préciput et sa portion avantageuse de quoi en remplir l'objet. Aussi trouvons-nous dans les lois romaines et dans les coutumes, des preuves certaines de leur aversion pour le concours de la Légitime avec une autre part légale ou coutumière : dans les lois romaines, en ce quelles proscrivent la prétention des enfans qui voudraient distraire d'une même succession la Légitime et la falcidie (1) : dans les coutumes, en ce qu'elles déclarent la Légitime incompatible avec le douaire (2). — 2° Comment le droit d'aînesse pourrait-il concourir avec celui de Légitime ? Le premier ne peut être pris qu'à titre d'héritier (3) ; le second, au contraire, est incompatible avec cette qualité (4).

Le troisième avis ne diffère du second qu'en un point dont il est impossible de donner une raison apparente ; et ce que nous venons d'opposer à celui-ci milite avec la même force contre l'autre.

C'est donc au quatrième avis qu'il faut se tenir ; et en effet, dit Lebrun, « il est conforme à la coutume, qui donne pour la Légitime la moitié de ce qu'on aurait eu dans les dispositions ». — Ajoutons qu'il a toujours été adopté dans nos mœurs : c'est ce que prouvent deux arrêts des 30 août 1664 et 7 septembre 1765, que nous rapporterons dans un instant ; et c'est ce qui est clairement établi par Chopin, sur la coutume de Paris, liv. 2, tit. 3, n. 12 : *Franci*, dit-il, *qui patriis tenentur institutis, Legitimam metiuntur hereditariis portionibus, quæ consuetudine primogenitis, non quæ liberis ex æquo deferuntur, et hoc casu protogonus nobilis Legitimæ nomine deducet dimidiam natalitiæ suæ perceptionis, non autem partis natalitiæ cum aliis exæquatæ.*

Il y a cependant un cas où la Légitime de l'aîné n'est point augmentée par la considération du droit d'aînesse : c'est lorsqu'il n'a ni frères ni sœurs qui concourent avec lui, soit dans la Légitime, soit dans la succession. — En effet (dit Bourjon), ce fils unique aurait eu le tout si le père n'eût disposé ; il a disposé, sa disposition licite le réduit à la moitié ; c'est son effet

(1) Loi 1, §. 14, D. *si cui plusquàm per legem falcidiam.* Loi 11, §. 5, D. *ad legem falcidiam.* Loi 41, §. D. *de vulgari et pupillari substitutione.*

(2) *V.* l'art. 17 de la coutume de Paris, et les commentateurs.

(3) *Nul ne prend droit d'aînesse, s'il n'est héritier*, dit Loysel en ses institutes coutumières, liv. 4, tit. 3, règl. 69. Cette maxime est aussi établie par Dumoulin, Legrand, Lalande, Lebrun, Guyot, Bourjon, Auroux des Pommiers, etc.

(4) *V.* les arrêts des 16 mars 1666 et 7 avril 1690, rapportés ci-dessus, sect. 2, §. 1, n. 2.

Source : BIU Cujas

naturel. Il ne peut y avoir droit d'aînesse où il n'y a pas de concours d'autre héritier, et cette réduction du fils à la moitié de tous ses droits héréditaires résulte du sentiment de Duplessis ».

III. Dans le second cas, c'est-à-dire, lorsque le père a disposé des biens soumis au droit d'aînesse, et que par conséquent ils ne se trouvent plus dans la succession *ab intestat*, il faut sous-distinguer : ou la disposition a été faite au profit d'un étranger, ou elle l'a été en faveur d'un puîné.

Lorsque la disposition a été faite au profit d'un étranger, la Légitime de l'aîné se règle absolument de même que quand les biens soumis à son préciput et à sa portion avantageuse, sont encore dans le patrimoine du défunt au moment de sa mort : il faut seulement observer que, dans ce cas, l'aîné ne peut pas se pourvoir directement contre les donataires des fiefs, mais garder l'ordre de discussion établi par l'art. 34 de l'ordonnance de 1731.

Lorsque la disposition des biens soumis au droit d'aînesse, est en faveur d'un enfant puîné, il faut examiner si la coutume dans laquelle on se trouve, est une de celles qui défendent le transport du droit d'aînesse aux cadets, ou si elle est du petit nombre de celles qui le permettent.

Dans la première hypothèse, l'aîné doit avoir son droit d'aînesse en entier, et sa Légitime sur les meubles et les rotures. C'est ce qui a été jugé formellement par un arrêt du 14 avril 1654, que Ricard nous retrace en ces termes : « Après que Pucelle et Hébert eurent solennellement plaidé la cause pour les parties, M. l'avocat général Talon..... conclut en faveur de l'aîné : en conséquence de quoi, la cour sur l'appel, qui n'était que d'un appointement, et sur le principal, pour l'évocation duquel il y avait requête, mit l'appellation et ce dont était appel au néant; émendant, évoquant le principal et y faisant droit, maintint et garda la fille en la possession des biens contenus en la donation, *distraction préalablement faite au profit de l'aîné de sa Légitime et de son préciput* ».

Le Journal des audiences nous fournit un autre arrêt du 30 août 1664, qui paraît avoir jugé différemment : il ordonne *que la moitié des portions afférentes à Nicolas de Prunelay dans les terres de Gazeran, Herbault et Machenineville, tant pour son préciput que droit d'aînesse, suivant les coutumes où elles sont situées, sera et demeurera à ses créanciers pour sa Légitime, et l'autre moitié desdits préciputs et droits d'aînesse appartiendra à Françoise et Elizabeth de Prunelay* (sœurs de Nicolas), *en conséquence de la substitution apposée par le testament de Charles de Prunelay* (leur père), *déclarée ouverte à leur profit par l'arrêt du 7 septembre* 1662.

Cet arrêt semble identifier le cas dont il s'agit, avec celui où le père n'a pas disposé du droit d'aînesse, ou ne l'a fait qu'au profit d'un étranger. Cependant il ne détruit point la différence que nous avons établie entre ces deux cas : c'est ce que prouve nettement une note que Ricard a mise à la suite de cet arrêt, rapporté pareillement en son Traité des Donations : « *Nota*, dit cet auteur, que les créanciers n'avaient demandé que la moitié des droits d'aînesse, mais qu'ils devaient avoir le préciput en entier ».

IV. Lebrun se fait à ce sujet une question importante : « On demandera peut-être (ce sont ses termes), pourquoi il est plus permis de disposer au profit d'un étranger que d'un fils puîné, lorsqu'on dispose au préjudice de l'aîné; et pourquoi l'aîné, en ce cas, n'obtient que la moitié de son droit d'aînesse contre l'étranger, et obtient le tout par l'action révocatoire contre son puîné? — La réponse est double : 1° la donation du fief faite à l'étranger, n'est pas réputée faite spécialement en fraude du droit d'aînesse, comme celle par laquelle un père gratifiant son puîné du fief de la maison, affecte de troubler l'ordre de la nature et de faire changer de place à tous ses enfans. 2° En ce cas, on défend le plus ce qui se pratiquerait plus souvent au préjudice du droit d'aînesse : or, il est bien plus ordinaire qu'un père donne à son puîné au préjudice de son aîné, que non pas à un étranger. C'est ainsi qu'après qu'un père a marié son fils comme principal héritier, il peut bien donner à un étranger, mais non pas à un puîné, au moins au-delà de sa Légitime; et c'est l'espèce de l'arrêt du 27 mars 1599, rendu au profit de M. le duc d'Epernon. En tous ces cas, les puînés sont plus prohibés, parcequ'il est plus ordinaire de les préférer à l'aîné que des étrangers ».

Mais ne peut-on pas opposer à cette doctrine, comme nous l'avons fait nous-mêmes pour le cas où les biens soumis au préciput de l'aîné, ne sont pas sortis de la succession, qu'on ne peut cumuler la Légitime avec le droit d'aînesse, parceque l'une exclut le titre d'héritier, et que l'autre le suppose? — Cette raison paraît au premier abord insurmontable; mais, examinée de près, elle ne trouve ici aucune espèce d'application. — Qu'a fait le père en disposant au profit de son puîné, d'un bien que la coutume affectait au droit d'aînesse? Il est sorti des règles que la loi lui prescrivait : pourquoi donc ne serait-il pas permis à l'aîné d'en sortir également pour révoquer cette disposition? Pourquoi un acte illégal ne pourrait-il pas être détruit par une voie extraordinaire? Nous avons là-dessus un principe constant; c'est que pour empêcher l'effet du dol et de la fraude, on peut cumuler des qualités qui seraient incompatibles en toute autre circonstance. Ainsi, quoique régulièrement un héritier ne puisse pas se prévaloir des droits qui lui sont propres et personnels, pour faire annuller une aliénation faite par le défunt, parceque sa qualité d'héritier l'en rend garant, néanmoins il en est tout autrement lorsqu'il s'agit d'une aliénation dont le but est de le priver d'un bienfait de la loi, et qui, par cette raison, est viciée par la fraude qui l'accompagne. — Nous trouvons dans la loi 2, C. *si in fraudem patroni*, la preuve et en même temps l'exemple de

Source : BIU Cujas

cette vérité : ce texte porte, qu'un patron, héritier de son affranchi, peut révoquer par l'action Favienne ou Calvisienne, les dispositions que le défunt a faites en fraude de ses droits : *defuncto quidem liberto patronus intestato succedens, per actionem Calvisianam in ejus fraudem alienata revocare potest.* — C'est encore pour cette raison qu'une femme qui accepte la communauté, et qui par-là est garante, au moins pour la moitié, des obligations contractées par son mari, ne laisse pas d'être fondée à demander la nullité des aliénations frauduleuses qu'il a faites. Stockmans rapporte un arrêt du conseil souverain de Brabant, du 15 juillet 1651, qui l'a jugé ainsi; et c'est une maxime universellement reconnue.

V. A l'égard des coutumes qui permettent au père de disposer au profit d'un puîné des biens sujets au droit d'aînesse, telles que sont celles d'Amiens, de Péronne, du Boulonnais, de Ponthieu, d'Artois, de Douai-Gouvernance, de Lille-Salle, etc., il est de toute évidence que, dans le cas d'une pareille disposition, l'aîné n'y peut avoir sa Légitime que sur le pied auquel on la règlerait si les biens se trouvaient dans la succesSion *ab intestat*, ou que le défunt en eût disposé en faveur d'un étranger. Voici ce qu'on trouve là-dessus dans le commentaire de Ricard sur la coutume d'Amiens, art. 57 : « On induit des termes de cet article qui permet de disposer des acquêts féodaux, qu'on peut donner au préjudice de l'aîné un fief d'acquêt, ainsi qu'il a été jugé en cette coutume par arrêt du 2 janvier 1623 : mais si tous les fiefs étaient acquêts, on donne à l'aîné, par un sage tempérament, la moitié des fiefs pour sa Légitime ».

Cette doctrine a été confirmée par un arrêt du 7 septembre 1765, rendu à la grand'chambre du parlement de Paris : il s'agissait de fixer la Légitime adjugée précédemment au fils aîné des sieur et dame Coffin, domiciliés à Hesdin en Artois ; ces deux époux avaient donné ou légué à leurs puînés tous leurs fiefs, tant propres qu'acquêts, et beaucoup d'autres biens libres : l'aîné, qui se trouvait lésé par ces dispositions, ayant demandé sa Légitime, l'arrêt cité l'a liquidée à deux quints des fiefs propres et acquêts, moitié des quatre quints que la coutume d'Artois lui donnait *ab intestat;* et comme il y avait sept enfans, on lui a adjugé un quatorzième des biens cottiers, catteux, meubles, effets mobiliers et dettes actives.

Question V. *Lorsque l'un des enfans donataire de son père, doit fournir la Légitime à ses frères et à ses sœurs, par retranchement sur sa donation, peut-il retenir la portion qu'il aurait dans cette Légitime, s'il se portait légitimaire comme eux, et que le donataire fût un étranger?*

I. L'affirmative est clairement établie par l'art. 34 de l'ordonnance de 1731 ; et elle a été consacrée par un arrêt du parlement de Paris, du 31 janvier 1784, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Légitime*, §. 5.

II. Mais en est-il de même si l'enfant donataire renonce à la succession du donateur, pour s'en tenir à la donation ? Il m'a passé par les mains deux consultations des 9 et 13 prairial an 12, dont l'auteur (M. Férey) estimait qu'en ce cas, le donataire ne devait pas faire nombre dans la supputation de la Légitime, et qu'en conséquence il ne pouvait pas retenir la portion qu'il y aurait prise, s'il eût été lui-même légitimaire.

Il a renoncé (disait-il), à la succession de son père, et il est de principe qu'on ne doit pas compter dans le règlement de la Légitime des enfans à qui elle est due, les enfans qui ont répudié la succession sur laquelle doit s'en faire la distraction. Tel est le vœu bien prononcé de la loi 17, D. *de inofficioso testamento*, et de la loi 10, §. 4, *de bonorum possessione contra tabulas*. Aussi Lebrun, liv. 2, ch. 3, sect. 6, n. 4, dit-il que « la Légitime étant une certaine portion de ce qu'on aurait eu *ab intestat*, il n'est pas juste que celui qui est exclu par... sa renonciation pure et simple, et qui ne serait pas venu à la succession, fasse part dans la Légitime pour diminuer les portions des légitimaires..... C'est ainsi qu'en matière de substitution, celui qui ne recueille pas actuellement le fidéicommis, n'est point compté et ne fait point de degré, parceque les degrés se comptent avec effet, et ne se peuvent trouver remplis que par une restitution actuelle ».

Mais dans ce passage de Lebrun et dans les textes du droit romain précédemment cités, il n'est question que de l'enfant dont la renonciation a été tout à la fois gratuite, pure et simple ; et dans l'espèce actuelle, il s'agit d'un descendant qui n'a renoncé que pour s'en tenir à la donation faite à son père par son aïeul. — Or, la condition de l'un est, par rapport à la supputation de la Légitime, bien différente de la condition de l'autre.

Ricard, *Traité des Donations*, part. 3, n. 1056 et suivans, établit d'abord que l'on ne doit pas faire entrer dans la supputation de la Légitime les enfans qui n'y prennent point part, soit par l'effet de leur incapacité, soit par celui de leur renonciation pure et simple. Ensuite, il ajoute, n. 1063 : — « Ce que nous venons d'établir, en général, doit recevoir, à mon avis, son exception, lorsque l'enfant qui ne prend point de part en la Légitime, n'est pas absolument incapable, et aussi qu'il n'a pas renoncé purement et simplement, *sed aliquo accepto*, comme quand le fils qui a reçu quelque chose de la libéralité de son père, trouvant plus d'avantage à conserver ce qui lui a été donné, qu'à se hasarder de rapporter à la masse et au profit des autres ce qu'il aurait plus reçu, renonce à la succession : ou bien lorsque les filles étant capables de demander le supplément de leurs Légitimes, en sont exclues dans notre usage par l'exception de la renonciation qu'elles ont faite par leur contrat de mariage, moyennant la dot qu'elles ont reçue du bienfait de leur père. Dans ces

Source : BIU Cujas

espèces, il n'est pas absolument vrai de dire que les enfans qui s'abstiennent de la succession, n'y prennent point de part, attendu qu'ils ont reçu leur partage en avancement d'hoirie, et qu'ils ne renoncent que par la considération de ce qu'ils ont été satisfaits par la prévoyance de leur père ».

« C'est en ce cas, (ajoute Ricard, n. 1064), que l'on peut dire avec raison, que comme la Légitime est due par le droit de nature, qu'un père la doit également à tous ses enfans, et qu'il n'en est tenu envers eux qu'à proportion du nombre qu'il en a, il s'ensuit que l'action que les enfans ont à ce sujet, doit aussi suivre la même règle, et que pourvu qu'ils tirent des biens de leur père la portion que la nature leur destine, eu égard au nombre des frères et sœurs qu'ils ont, du moins ceux qui ne sont pas absolument exclus de sa succession, et auxquels le père a communiqué ses biens, leur querelle d'inofficiosité doit cesser; n'ayant pas droit de se prévaloir si les autres ne demandent point leur part en la Légitime, attendu que chacun a son droit pour ce regard: et il suffit que le père ait satisfait les autres, et qu'il leur ait pourvu, de sorte qu'ils aient eu sujet de se contenter; d'autant que, par ce moyen, leur part est absorbée en la personne du père, qui est en leurs droits par la considération de ce qu'il leur a donné; et celui qui demande sa Légitime doit être content, pourvu qu'il ait sa part, eu égard à ses autres frères et sœurs, que la nature a considérés aussi bien que lui, et qui ont leur part des biens de leur père ».

« En effet (continue Ricard, n. 1065), comment pourrait-on en user autrement, vu que l'enfant qui renonce *aliquo accepto*, est partie nécessaire dans la supputation, puisque les biens qu'il a reçus de la libéralité de son père, doivent entrer dans le compte général des biens du défunt, pour trouver la quotité de la Légitime et souffrir le retranchement, si la donation qu'il a reçue vient à son rang; de sorte que s'il n'était pas considéré dans la supputation, il arriverait quelquefois que ce qu'il aurait reçu, et moyennant quoi il aurait fait sa renonciation, lui serait entièrement ôté: au lieu qu'il est bien juste qu'il retienne, par forme d'exception, ce qui lui appartient pour droit de Légitime sur les biens de son père ». *V.* ci-devant, §. 1, n. 7.]]

§. III. *Des choses qui s'imputent dans la Légitime.*

Nous avons sur cette matière un principe constant: c'est qu'on ne doit imputer dans la Légitime que ce qui est expressément soumis par la loi à cette imputation. — La loi 20, C. *de collationibus*, est formelle sur ce point: elle établit d'abord que tout ce qui est sujet à l'imputation dans la Légitime, l'est aussi au rapport dans la succession: mais, ajoute-t-elle, il ne faut pas conclure de là, que réciproquement tout ce qui se rapporte à la succession, doive s'imputer sur la Légitime; car de toutes les choses soumises au rapport, on ne doit assujettir à l'imputation que celles qui sont exprimées par les lois: *Hæc autem regula ut omnia quæ portioni quartæ computantur, etiam ab intestato conferantur, minimè è contrario tenebit, ut possit quis dicere etiam illa quæ conferuntur, omnimodò in quartam partem his imputari qui ad inofficiosi querelam vocantur. Ea enim tantummodò ex his quæ conferuntur, memoratæ portioni computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est.*

On peut, ce semble, tirer de cette loi deux règles certaines: la première, que tout ce qui est exempt du rapport, l'est aussi de l'imputation; la seconde, que ce qui est sujet au rapport n'est pas pour cela soumis à l'imputation.

Cette seconde règle est indistinctement vraie. Le texte que nous venons de citer, l'établit très clairement; et elle est fondée sur l'équité même. En effet, dit Lebrun, « il y a beaucoup de faveur du côté du légitimaire que le père a déshérité pour le tout ou pour partie, au lieu qu'il n'y en a aucune pour celui qui en demande le rapport; mais au contraire toute la faveur est du côté de ceux qui l'obligent au rapport ».

La première règle n'est pas aussi générale: d'abord, elle n'a pas lieu dans les dispositions de dernière volonté, la loi citée n'a été faite que pour les donations entre-vifs: en second lieu, elle admet, même à l'égard des donations entre-vifs, quelques exceptions que nous exposerons dans l'ordre auquel nous obligent les détails de cette matière.

Pour présenter ces détails avec toute la netteté dont ils sont susceptibles, nous rangerons en trois classes les différens objets que l'imputation peut embrasser: dans la première, nous parlerons de ceux que le légitimaire reçoit à titre de disposition de dernière volonté; dans la seconde, de ceux qu'il prend à titre de disposition entre-vifs; dans la troisième, de ceux qui lui échoient sans le concours de la volonté de l'homme, et par la seule puissance de la loi.

Art. I. *De l'imputation des choses que le légitimaire a reçues du défunt, par disposition de dernière volonté.*

I. La question de savoir si le légitimaire est obligé d'imputer tout ce qu'il tient du défunt à titre d'institution ou de legs, n'est susceptible d'aucune difficulté. La loi 30, C. *de inofficioso*, la décide clairement pour l'affirmative, en ordonnant que celui à qui le testateur aura laissé par son testament quelque chose de moins que sa Légitime, sera tenu de demander le surplus par l'action en supplément, sans pouvoir, comme dans l'ancien droit, intenter la querelle d'inofficiosité: *Sive adjiciatur in testamento de adimplendâ legitimâ portione, sive non, firmum quidem si testamentum, liceat verò his personis.... id quod minùs portione Legitimâ sibi relictum est, adimplendam eam sine ullo gravamine vel morâ exigere.*

II. Il en est de même des donations à cause de mort; cela résulte de la loi 8, §. 6, D., et de la

Source : BIU Cujas

loi 35, §. 2, C. *de inofficioso*. — Le premier de ces textes porte que celui qui a laissé à son fils, par donation à cause de mort, le quart de ce qu'il aurait eu *ab intestat*, peut disposer en toute sûreté du reste de ses biens (on sait que l'ancien droit fixait la Légitime au quart) : *Si quis mortis causâ filio donaverit quartam partem ejus quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset, puto securè eum testari.* Le second veut, conformément à la loi 30 du même titre, que l'enfant donataire à cause de mort de son père, se pourvoie en supplément de Légitime, au lieu d'agir en plainte d'inofficiosité : *Et generaliter definimus quandò pater minùs legitimâ portione filio reliquerit, vel aliquid dederit mortis causâ donatione...., Si filius, post obitum patris, hoc quod relictum vel donatum est simpliciter agnoverit...., nullum sibi filium facere præjudicium, sed legitimam partem repleri.*

III. La question paraît plus douteuse relativement à ce que les Romains appelaient *mortis causâ capio*, c'est-à-dire, aux conditions apposées au profit du légitimaire dans une institution ou un legs fait en faveur d'un autre : par exemple, un père nomme un étranger pour son héritier ou légataire universel, à la charge de donner à son fils une somme d'argent : ce que le fils recevra en conséquence de cette disposition, sera-t-il imputé dans sa Légitime ?

Les uns décident que non, sur le fondement que ces sortes de donations ne s'imputent pas dans la falcidie ; mais il y a à cet égard une très grande différence entre la falcidie et la Légitime : on n'impute dans la première que ce que l'héritier tient du défunt à titre héréditaire ; la seconde, au contraire, reçoit, comme on vient de le voir, l'imputation des legs et des donations à cause de mort : ainsi, point de conséquence à tirer de l'une à l'autre, en cette matière.

D'autres, et sur-tout Peregreni, distinguent si le *mortis causâ capio* doit se prendre sur les biens de la succession, ou si le paiement doit en être fait par l'héritier ou le légataire de ses propres fonds. Au premier cas, ils conviennent que l'imputation doit avoir lieu ; mais au second, ils soutiennent qu'elle serait contraire à la disposition textuelle de la loi 36, C. *de inofficioso.*

Cette loi porte en effet, qu'on ne doit imputer dans la Légitime que ce qui provient du patrimoine du défunt qui la devait, et que si le légitimaire a reçu quelque chose d'ailleurs, quoiqu'à l'occasion et même par une conséquence des dispositions du testateur, c'est pour lui une bonne fortune dont il doit profiter hors part : *Repletionem autem fieri ex ipsâ substantiâ patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est, vel ex substitutione, vel ex jure accrescendi, ut putà ususfructûs, humanitatis enim gratiâ sancimus ea quidem omnia, quasi jure adventitio, eum lucrari, repletionem autem ex rebus substantiæ patris fieri.*

Mais ce texte ne parle, comme l'on voit, que des dispositions qui ne sont pas faites directement et principalement au profit du légitimaire ; on ne peut donc pas l'appliquer à celle dont il s'agit, puisqu'elle a pour but direct et principal d'avantager l'enfant, et que par son exécution, elle fait considérer la chose qui en est l'objet, comme un bien de la succession ; en effet, le testateur ayant laissé à son héritier ou légataire de quoi compenser la charge qu'il lui a imposée, doit être censé l'avoir en quelque sorte achetée et confondue dans son patrimoine.

La loi 3, §. 19, D. *de bonis libertorum*, est plus embarrassante : elle adopte formellement, par rapport à la Légitime du patron, la distinction du cas où le *mortis causâ capio* doit être payé des biens de l'affranchi, d'avec celui où l'héritier doit l'acquitter des siens : *Si patrono conditionis implendæ causâ quid datum sit, in portionem debitam imputari debet, si tamen de bonis sit liberti profectum.* — Mais peut-on argumenter avec sûreté de la Légitime du patron à celle des autres personnes ? S'il est quelques cas où les règles de l'une peuvent s'adapter à l'autre, il faut convenir qu'il en est aussi plusieurs où cette manière de raisonner serait inexacte. — Par exemple, le patron légitimaire pouvait révoquer les aliénations à titre onéreux que son affranchi avait faite par esprit de dissipation et de prodigalité ; c'est à quoi tendait l'action Favienne. Les enfans, les ascendans ni les frères n'ont jamais eu un pareil droit. — La Légitime du patron pouvait, même dans le dernier état de la jurisprudence romaine, lui être laissée à titre de legs ou de donation à cause de mort ; celle des enfans, des ascendans et des frères était due à titre d'institution par le droit des novelles, et elle l'est encore dans une grande partie de la France. — L'exhérédation injuste du patron donnait ouverture à la possession des biens *contra tabulas ;* celle des enfans, des ascendans et des frères, ne peut être attaquée que par la querelle d'inofficiosité. — Nous pourrions pousser plus loin ce parallèle ; mais c'en est assez pour faire voir qu'il existe des différences très sensibles entre la Légitime des patrons et celle des autres ; ce qui doit suffire pour empêcher d'argumenter de la première à la seconde, et par conséquent d'appliquer à celle-ci la disposition de la loi 3, D. *de bonis libertorum.*

IV. Ce que nous disons du *mortis causâ capio*, il faut à plus forte raison le dire du legs que le père a fait à son fils d'une chose qui ne lui appartenait pas ; « parceque c'est la même chose, (dit Lebrun), de donner de ses biens, ou d'obliger son héritier d'en acquérir d'une main étrangère, pour les donner à celui qu'on en veut gratifier, ou de l'obliger au moins de lui en payer l'estimation ; et c'est le sentiment de Michel Grassus, qui dit que quand en ce cas on fournit au légataire la chose d'autrui, elle devient un bien de la succession, parceque le testateur a laissé à son héritier de quoi l'acquérir, et l'a avantagé à proportion de la charge qu'il lui a imposée ».

Source : BIU Cujas

V. Ce que le légitimaire gagne par droit d'accroissement, soit comme institué, soit comme légataire, est-il sujet à l'imputation? La négative paraît incontestable au premier abord; et la loi 29, C. *de inofficioso*, semble la mettre hors de doute, en déclarant que le fils ne doit point imputer ce qui lui est provenu par droit d'accroissement, comme en matière d'usufruit, *ex jure accrescendi, ut putà ususfructûs.* Mais cette décision ne doit pas être entendue à la lettre, c'est son esprit qu'il faut consulter.

Quelle est l'intention et le but de la loi citée? Elle veut que la Légitime soit remplie des propres biens du père, et par conséquent qu'on n'y impute rien de tout ce qui a passé par des mains étrangères avant de tomber dans celles du fils. Ainsi, il faut distinguer si l'accroissement s'est opéré avant que le cohéritier ou colégataire du fils n'eût accepté sa part de l'hérédité ou du legs, ou seulement après cette acceptation.

Dans ce dernier cas, il est évident qu'il n'y a point d'imputation à faire; c'est l'esprit et la disposition formelle du texte dont il s'agit.

Mais ce texte ne peut s'appliquer au premier cas; la part à laquelle était appelé le cohéritier ou colégataire qui a renoncé ou s'est trouvé incapable, passe directement des mains du testateur même dans celles du fils; elle vient donc *ex ipsâ substantiâ patris*, et par conséquent elle doit être imputée. Cela résulte, dit Ricard, « de ce que la loi parlant du droit d'accroissement, semble en réduire l'exemple au cas d'un usufruit, qui est la seule espèce en laquelle le droit d'accroissement a lieu après que le legs a passé dans les mains d'un autre ».

Lebrun adopte cette résolution à l'égard de l'accroissement qui se fait par droit héréditaire, « comme au cas qu'un père ayant institué son fils et plusieurs étrangers, il arrive que l'un de ces étrangers renonce; ou au cas que le fils étant institué *in re certâ*, l'héritier universel renonce, la succession étant déjà épuisée par des donations ». — Mais cet auteur pense autrement à l'égard de l'accroissement qui a lieu dans les legs. La raison sur laquelle il fonde cette différence, est que la première espèce d'accroissement « se fait en vertu de la disposition, ou au moins de la volonté présumée du testateur, au lieu que la seconde se fait par bonne fortune, le titre du fils n'étant point universel, mais particulier, et ainsi ne comprenant point ce qui avait été donné au colégataire ».

Deux réponses: 1° la loi 36, C. *de inofficioso*, ne distingue pas précisément si les choses que le légitimaire a reçues, lui appartiennent en vertu d'une disposition expresse de son père, ou s'il ne les tient que comme un bienfait de la loi; la seule distinction qu'elle fait, est celle des biens qui proviennent directement du patrimoine du père, d'avec ceux qui ont passé par les mains d'un possesseur intermédiaire.

2° Sur quel fondement Lebrun peut-il dire que le droit d'accroissement se fait en vertu de la volonté de l'homme dans les institutions, et par la seule force de la loi dans les dispositions à titre particulier? — Le premier membre de cette proposition est vrai; la loi 9, §. 13, et les lois 10 et 11, D. *de heredibus instituendis*, citées par Lebrun, le mettent dans le plus grand jour; et nous avons prouvé à l'article *Institution d'héritier*, sect. 2., qu'il n'en faut pas même excepter le cas d'une institution restreinte à un effet particulier. — Mais le second membre est évidemment faux: « Il paraîtra certain, (dit Furgole), à quiconque voudra considérer les règles du droit romain, que le droit d'accroissement, à raison de la conjonction, n'a d'autre fondement que la disposition du testateur, qui ne forme pas une simple volonté tacite, mais une volonté expresse, résultant de ce que le testateur laissant à chacun des légataires la chose en entier, il les appelle tous à la totalité *ab initio*, pour être divisée par le concours seulement: cela est fondé sur la disposition littérale de la loi 3, D. *de usufructu accrescendo*, qui a été confirmée par la loi unique, §. 10 et 11, C. *de caducis tollendis*, en déclarant que les conjoints *re et verbis* prennent les portions vacantes comme leur appartenantes, *et partem conjunctorum quasi suam præoccupant*, et en déclarant aussi que les conjoints *re tantùm* doivent retenir la chose en entier, quand les colégataires ne concourent pas, *apud ipsum qui habet solida remanet et nullius concursu diminuta.* Ce qui est si vrai, que quoique le colégataire ait la totalité *ab initio* par la disposition du testateur, néanmoins si cette disposition ne s'exécute pas en la forme que le testateur l'a ordonnée, comme lorsqu'il a imposé une condition qui est remise, et que le légataire est admis contre la volonté du testateur, le colégataire ne peut point profiter de la portion vacante, et le droit d'accroissement n'a pas lieu, comme le décide la loi 74, D. *de conditionibus* et *demonstrationibus*; et il en est de même lorsque le legs est rescindé pour partie; comme dans le cas de la loi 3, §. 3, D. *de bonorum possessionibus.* Ainsi, ces textes prouvent d'une manière claire et sensible, que le droit d'accroissement, à raison de la conjonction, n'a d'autre fondement que la disposition expresse du testateur, qui destine la totalité à chacun des colégataires; si bien que quand la disposition ne peut pas être exécutée comme le testateur le prescrit, le droit d'accroissement cesse, parceque son fondement manque ».

VI. Lorsque l'appelé à une substitution vient à mourir avant le grevé, il se forme en faveur de celui-ci une espèce d'accroissement, ou plutôt de non décroissement de propriété libre. On demande si cet accroissement ou non décroissement doit être imputé sur la Légitime? Maynard rapporte un arrêt du parlement de Toulouse du 9 mars 1571, qui a jugé pour la negative. Cette décision *semble étrange*, dit Brillon; et en effet elle est contraire

Source : BIU Cujas

à la loi 36, C. *de inofficioso*, qui ordonne l'imputation de tout ce qui a été transmis directement de la personne du père à celle du fils.

VII. Mais tout ce que le fils gagne par l'ouverture d'une substitution pupillaire ou fidéicommissaire, est exempt de l'imputation, parcequ'il y a eu entre lui et le défunt un possesseur sur la tête duquel les biens ont fait impression ; ce qui empêche qu'on ne les considère comme venant *ex ipsâ substantiâ patris*, et par conséquent qu'on ne les impute. C'est aussi ce que décide expressément la loi citée, aux mots, *non si quid ex aliis causis filius lucratus est, vel ex substitutione.*

Néanmoins Lebrun soutient qu'en pareil cas, on ne doit pas admettre le fils à prendre sa Légitime entière, et à conserver l'expectative de la substitution, « d'autant plus qu'il est décidé dans le droit, que quand il y a plusieurs dispositions dans un testament au profit d'une même personne, dont l'une est onéreuse, et l'autre pure et simple, il n'est pas permis à cette personne d'accepter celle qui est pure et simple, et de renoncer à celle qui est onéreuse. Loi 5, D. *de legatis* 2°. D'ailleurs il arrive souvent que ces dispositions jointes ensemble excèdent de beaucoup la Légitime ; et, selon l'opinion de la plupart des docteurs, il n'est pas défendu d'apposer quelque condition à la Légitime, quand elle est au profit et à l'avantage du légitimaire : c'est pourquoi.... l'équité veut que, dans l'espèce proposée, les autres héritiers institués soient recevables à déférer au légitimaire le choix et option des dispositions, ou de sa Légitime ».

VIII. Lebrun décide, sur le même fondement, que le fils doit imputer ce que son père lui a laissé en nue propriété sous la réserve de l'usufruit au profit d'un autre ; en sorte, par exemple, qu'un père devant à son fils mille écus pour sa Légitime, peut, en lui en donnant le double en nue propriété, soumettre le tout à un droit d'usufruit, et que si le fils veut avoir sa Légitime en pleine propriété, il doit abandonner la disposition, et renoncer à l'excédant de la nue propriété sur sa portion légitimaire.

IX. Le même auteur, suivant toujours le fil de son système, soutient que le fils est pareillement tenu d'opter entre sa Légitime et la disposition par laquelle son père lui laisse une plus grande partie de ses biens en simple usufruit ou à la charge de fidéicommis.

Le principe sur lequel sont fondées ces trois résolutions, paraît avoir été adopté par deux arrêts des 24 juillet 1584 et 12 mars 1680. — Le premier, rapporté par Robert et Leprêtre, a décidé qu'un mari ayant légué à sa femme l'usufruit de tous ses biens, les créanciers du fils n'étaient pas eu droit de demander sa Légitime en pleine propriété, attendu qu'il en était suffisamment récompensé par la nue propriété qui lui était laissée. — Le second a jugé, dit Lebrun, « que le sieur Moreau de Villiers et sa femme, ayant fait par leur contrat de mariage une donation mutuelle au profit du survivant de tous les biens du prédécédé, tant en propriété qu'en usufruit, lequel don aurait lieu en cas qu'il n'y eût point d'enfans du mariage, ou qu'ils mourussent avant que d'avoir atteint l'âge de majorité, y ayant eu un fils de ce mariage qui avait survécu à sa mère, et était décédé en minorité, les parens maternels du fils n'étaient pas recevables à demander la moitié des biens de la mère pour sa Légitime, par la raison qu'il ne lui eût pas été avantageux de son vivant de la demander, mais bien plutôt d'attendre sa majorité, pour avoir la propriété du total, qui lui était assurée pour ce temps, aux termes de la donation. Ainsi, on confirma la sentence qui avait maintenu le père dans tous les biens, et l'on jugea par conséquent que le fils n'avait pas eu un droit formé pour demander sa Légitime sans charge ni condition, et le surplus sous la charge apposée dans la donation; mais qu'il n'avait eu que le choix de se contenter de sa Légitime en pleine propriété, sans avoir rien au surplus des biens, ou d'exécuter la condition de la donation, et de n'avoir rien du tout en cas de décès en minorité : on jugea que ce dernier parti lui ayant été le plus avantageux, il était réputé l'avoir choisi ; et qu'étant mort en minorité, tous les biens appartenaient au père, en vertu de la donation ».

A ces arrêts se joint l'autorité d'un texte très précis sur la question que nous agitons : c'est la loi 8, §. 11, D. *de inofficioso testamento*, suivant laquelle un fils institué dans une plus grande portion que sa Légitime, sous la charge d'un fidéicommis qui doit s'ouvrir dans les dix ans de la mort du testateur, ne peut pas agir en plainte d'inofficiosité, parce qu'en joignant les fruits qu'il percevra pendant cet intervalle, à la quarte trébellianique qu'il distraira du fidéicommis, il se trouvera abondamment récompensé de sa Légitime. *Undè si quis fuit institutus fortè ex semisse, cùm ei sextans ex substantiâ testatoris deberetur, et rogatus esset post certum temporis restituere hereditatem, meritò dicendum est nullum judicium movere, cùm debitam portionem et ejus fructus habere possit : fructus enim solere in falcidiam imputari non est incognitum. Ergò et si ab initio ex semisse heres institutus rogetur post decennium restituere hereditatem, nihil habet quod queratur, quoniam facilè potest debitam portionem ejusque fructus medio tempore cogere.*

Mais cette loi a été abrogée, comme beaucoup d'autres, par l'empereur Justinien, qui a porté la Légitime à son plus haut degré de faveur. La loi 36, C. *de inofficioso*, suppose bien clairement que le fils n'est point obligé d'opter entre sa Légitime et le testament par lequel son père l'appelle à une substitution après un certain temps, puisqu'elle déclare qu'il ne doit point imputer le profit qui lui revient de cette substitution : *non si quid ex aliis causis filius lucratus est, vel ex*

Source : BIU Cujas

substitutione...; humanitatis enim gratiâ sancimus ea quidem omnia quasi jure adventitio eum lucrari, repletionem autem ex rebus substantiæ patris fieri. — Voilà bien le profit de la substitution réuni dans la personne du fils au droit de prendre sa Légitime en pleine propriété aussitôt après la mort du père : on ne peut rien de plus décisif.

Le §. 2 de la même loi est encore plus formel : il suppose le cas de l'institution d'un étranger, avec charge de restituer au fils du testateur dans un certain temps, et il demande ce qu'il faut faire par rapport à la distraction de la Légitime du substitué : *Cùm autem quis, extraneo herede instituto, restituere eum filio suo hereditatem suam*, cùm moriatur, *disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit, quia nostra constitutio quæ anteà composita est, omnem dilationem, omnemque moram censuit esse subtrahendam, ut quarta pars pura mox filio restituatur, in hujusmodi specie quid faciendum sit dubitatur.* La loi répond que le fils doit avoir sa Légitime sur-le-champ, et recueillir le surplus de l'hérédité lorsque la substitution sera ouverte : *Sancimus itaque quartæ quidem partis restitutionem jam nunc celebrari, non expectatâ nec morte heredis, nec temporis intervallo : reliquum autem quod post legitimam portionem restat, tunc restitui quandò testator disposuit. Sic etenim filius suam habebit portionem integram et qualem leges et nostra constitutio definivit, et scriptus heres commodum quod ei testator dereliquit, cum Legitimo moderamine sentiet.*

Le ch. 3 de la novelle 18 renferme une décision semblable. Il annonce d'abord qu'il s'est introduit depuis peu un usage de laisser aux enfans la nue propriété de tous les biens, sous la réserve de l'usufruit au profit de leur mère : il condamne ensuite ces sortes de dispositions, comme contraires à l'obligation imposée aux pères de laisser des alimens à leurs descendans, et il ordonne qu'à l'avenir la Légitime ne pourra plus être fournie qu'en pleine propriété.

Les lois romaines ne permettent donc pas de compenser ce que le père retranche actuellement de la Légitime, soit avec un usufruit plus ample qu'il laisse au légitimaire, soit avec l'expectative d'un fidéicommis qu'il établit en sa faveur. Ainsi, il ne reste plus, pour réfuter l'opinion de Lebrun, qu'à prouver que ces lois sont reçues dans nos mœurs; et c'est ce qui résulte clairement des arrêts dont nos livres sont remplis sur cette matière.

Nous en connaissons sept du parlement de Paris.

Le premier est du 7 mars 1548 : il fait, au profit de l'acquéreur de toute la portion héréditaire d'un fils grevé de substitution universelle, distraction de la Légitime que son vendeur avait droit de prétendre. (*Papon*, liv. 20, tit. 3).

Le second est du 27 mars 1669 : il a été rendu à la première chambre des enquêtes, après que l'affaire eut été partagée à la grand'chambre. (Dictionnaire de Laville, au mot *Légitime*).

Le troisième est du 18 janvier 1678 : il ordonne l'exécution d'un testament par lequel une mère avait substitué, dans la personne de sa fille, tous les biens qu'elle lui avait laissés, *à la réserve de la Légitime, de laquelle Catherine Godin* (c'était le nom de la grevée) *jouira librement et sans charge de substitution.*

Le quatrième est du premier avril 1686 : il infirme une sentence du châtelet, en ce qu'elle avait confirmé la substitution dont Antoine de Perrey avait lié la portion héréditaire de deux de ses enfans ; en conséquence, il déclare la Légitime des grevés franche et libre, et ordonne que la substitution sera exécutée pour le surplus. — Les rédacteurs du Journal du palais rapportent cet arrêt, ainsi que le précédent, avec des détails qui ne permettent pas de douter que la question n'y ait été jugée formellement.

Le cinquième est du 19 février 1704 : il est rapporté par Maillart sur la coutume d'Artois, par Guillaume de La Champagne, dans son *traité de la Légitime*, et par Augeard dans son recueil. En voici le dispositif : « Ordonne que delivrance sera faite aux parties de Martinet de leurs portions légitimaires en corps héréditaires, féodaux et roturiers de la succession, et qu'ils jouiront du surplus des biens substitués non compris en leurs Légitimes, par usufruit, leur vie durant ».

Le sixième est du 13 avril 1707. Maillart dit qu'il a été « rendu au rapport de M. Le Musnier, à la grand'chambre, dans la coutume de Paris ; qu'il a fait distraction aux grevés de leur Légitime, et qu'il leur a laissé l'usufruit des moitiés sur lesquelles la substitution avait été restreinte ».

Le septième est du 23 avril 1708. On le trouve au Journal des audiences.

La jurisprudence des autres cours souveraines n'est pas différente de celle du parlement de Paris.

Témoin, pour le grand conseil, l'arrêt du 9 décembre 1692, rapporté au Journal du palais, qui ordonne qu'un testament contenant substitution de toute une portion héréditaire, sera exécuté selon sa forme et teneur, *distraction préalablement faite à la partie de .... de sa Légitime en corps héréditaires sur les biens de son père.*

« Il y a (dit Ricard), parmi les œuvres de M. du Vair, un arrêt par lui prononcé en robes rouges le 9 avril 1604, au parlement de Provence, entre les enfans de M. d'Oppède, premier président en la même cour, par lequel il a été jugé que la Légitime de la fille, à laquelle le père avait laissé par testament la moitié de l'usufruit de ses biens, au lieu de sa Légitime, lui serait fournie en corps héréditaires, ou la valeur en deniers, et que ce qui excédait en usufruit ne lui serait pas imputé ».

Le grand conseil de Malines a également jugé, par arrêt du 15 juillet 1617, rapporté par de Humayn, « que l'enfant chargé de fidéicommis et de

Source : BIU Cujas

restituer généralement les biens d'icelui, en peut déduire sa Légitime, nonobstant qu'outre et pardessus ces biens, le testateur lui ait par son testament fait d'autres avantages de libre disposition, et sans avoir égard que l'héritier les a acceptés ».

Grivel nous apprend que le parlement de Franche-Comté a jugé la même chose « par arrêt du 16 mars 1607, entre dame Claude-Béatrix de Grandmont, femme de Claude-François de Ray, d'une part, et dame Jeanne-Baptiste et Bénigne de Grandmont, d'autre ».

Le parlement de Flandre s'est toujours conformé à cette jurisprudence. — Le premier président de Blye rapporte un arrêt de cette cour du 17 juin 1671, par lequel il a été jugé « que la Légitime des enfans doit être déduite du fideicommis dont ils sont grevés par testament de leur père, mère, ou autres ascendans, le fidéicommis tenant pour le surplus ». — Le président Dubois d'Hermanville nous en a conservé deux semblables des 13 juillet 1673, et 24 . . . . . 1690. — Il y en a un quatrième dans le recueil de Pollet, sous la date du 13 mai 1694.

Voilà donc quinze arrêts qui jugent nettement que le fils n'est point tenu d'imputer dans sa Légitime ce que son père lui laisse en usufruit ou propriété fidéicommissée. — Quand les deux arrêts cités par Lebrun, seraient absolument dans l'espèce proposée, ils ne formeraient pas sans doute un préjugé qui pût balancer l'autorité d'un aussi grand nombre de décisions uniformes : mais il s'en faut bien que Lebrun en ait fait une application exacte et fidèle. — Le premier est étranger à notre question : la demande en distraction de Légitime qu'il a rejetée, était formée par des créanciers, dans un temps où l'on doutait encore s'ils étaient recevables à exercer en cette matière les droits de leur débiteur; car nous voyons dans Basnage (tome 1, p. 347, édition de 1778), que la jurisprudence a été fort incertaine sur ce point jusqu'à l'arrêt du 28 mars 1589, prononcé en robes rouges par le président de Blanc-Ménil. — Le second est certainement fondé sur des circonstances que Lebrun nous a laissé ignorer : car, le moyen de concevoir qu'il ait pu, sans un motif particulier, refuser aux héritiers d'un mineur ce que le mineur lui-même aurait été en droit de demander, c'est-à-dire, la distraction de sa Légitime sur la donation universelle dont il s'agissait? En vain dirait-on avec Lebrun, que le fils était censé avoir consenti à l'exécution de cette donation. 1° Un mineur ne peut pas s'exproprier, par un simple consentement, d'un droit aussi précieux et aussi sacré que l'est la Légitime. 2° Il est constant, comme nous l'avons déjà prouvé, que pour renoncer valablement à une Légitime échue, il faut une déclaration précise et formelle : le mineur n'en avait point fait dans l'espèce de l'arrêt de 1680; cet arrêt est donc inexplicable, si on ne lui suppose pas d'autres circonstances que celles qui sont rapportées par Lebrun.

X. Nous avons examiné plus haut, sect. 6, si la thèse que nous soutenons, doit avoir lieu dans l'espèce d'une substitution réciproque entre plusieurs enfans : mais il faut répondre ici à la question de savoir s'il ne faut pas excepter de cette même thèse le cas où le père déclare, que, faute par son fils de se conformer entièrement à sa disposition, il le réduit à sa Légitime.

Le président Espiard ne forme aucun doute sur la négative. « Ce que le droit civil ordonne sur ce point (dit-il), est l'effet d'une très sage politique. On a voulu que, pour rendre solide l'établissement des enfans, ils eussent une portion légitime des biens de leur père et de leur mère, tant en propriété qu'en usufruit, l'un sans l'autre étant insuffisant. C'est renverser toutes ces vues, que de permettre aux pères et aux mères de laisser la Légitime à leurs enfans ou toute en propriété, ou toute en usufruit, en les récompensant par une propriété plus ample, ou par un plus grand usufruit, si mieux les légitimaires n'aiment se tenir à leur Légitime. C'est leur permettre un choix qui, à bien considérer les choses, ne peut leur être que préjudiciable, puisque, sous l'appât d'un usufruit plus ample qu'ils auront imprudemment choisi, ils se trouvent sans aucun fonds en propriété, et hors d'état par conséquent de pouvoir assurer des conventions matrimoniales, et d'apporter quelque chose en propriété à un mari. Il est vrai que cela dépend du choix de l'enfant; mais c'est ce choix-là même que la loi, n'envisageant que le bien public et guidée par des vues supérieures aux vaines subtilités de quelques jurisconsultes, ne veut pas que les pères et les mères puissent laisser à leurs enfans, sauf cependant à leur substituer, s'ils le trouvent à propos, l'excédant de la Légitime ».

Ces raisons ne manquent ni de justesse ni de solidité : mais aussi que ne peut-on pas dire en faveur de l'opinion qu'elles combattent? — Un père gêne-t-il la Légitime de son fils, lorsqu'il lui laisse l'alternative de se tenir à cette portion, ou de prendre toute l'hérédité chargée du fidéicommis? Non, sans doute; le fils peut à son gré choisir l'une ou l'autre; et s'il perd sa Légitime en acceptant la substitution, ce n'est point le testament, mais son propre fait qui la lui ôte. — Dira-t-on que le père n'est pas en droit de forcer son fils à cette option? Mais ce serait lui contester la disposition de tous les biens qui excèdent la Légitime; car, en donnant à son fils l'alternative, le père ne fait autre chose que disposer de cet excédant; il le donne à son fils, sous la condition que celui-ci renoncera à sa Légitime; et il en dispose au profit d'un étranger, au cas que cette condition manque. Il est vrai que par-là le père devient indirectement le maître de la Légitime de son fils; mais il n'y a rien en cela qui doive surprendre; c'est le droit de tous les testateurs de pouvoir exiger des légataires le sacrifice de leurs droits : celui qui lègue à un autre peut lui ordonner, pour condition de la libéralité qu'il lui fait, de renoncer à une créance qu'il a sur la succession, ou de faire présent à un

Source : BIU Cujas

tiers d'une partie de son propre bien : ainsi, que la Légitime soit un bien propre au fils, ou une créance qu'il a contre son père, il doit être libre à celui-ci de la grever de substitution en faisant un legs dont cette charge forme la condition.

L'ordonnance de 1747 fournit un argument qui vient à l'appui de ces réflexions. Elle défend expressément, tit. 1, art. 13, 14 et 15, de grever de substitution les biens qu'on a donnés entre-vifs sans charge de cette espèce, parceque la chose donnée appartient au donataire, et que le donateur n'y a plus aucun droit : cependant l'art. 16 ajoute : « N'entendons rien innover par les art. 13, 14 et 15, en ce qui concerne les dispositions par lesquelles le donateur ferait une nouvelle libéralité au donataire, soit entre vifs ou à cause de mort, à condition que les biens qu'il lui a précédemment donnés, demeureraient chargés de substitution ; et en cas que le donataire accepte la nouvelle libéralité faite sous ladite condition, il ne lui sera plus permis de diviser les deux dispositions faites à son profit, et de renoncer à la seconde, pour s'en tenir à la première, quand même il offrirait de rendre les biens compris dans la disposition, avec les fruits par lui perçus ».

S'il est permis, suivant cet article, à un donateur de grever de substitution la chose qu'il a donnée, et qui n'est plus à lui ; si, pour acquérir ce droit, il suffit qu'il fasse au donataire une nouvelle libéralité sous cette condition, comment peut-on prétendre qu'un père n'a pas le droit de substituer la Légitime, en léguant à son fils le surplus de ses biens ?

La loi 36, C. *de inofficioso*, et le ch. 3 de la novelle 18, ne doivent faire aucune impression, parcequ'elles sont dans le cas d'un legs ou d'une institution faite au profit du légitimaire, sans déclaration, de la part du testateur, qu'il entend que son fils choisisse entre ce legs et sa Légitime. Il n'est pas étonnant que dans l'incertitude sur l'intention du testateur, on décide en faveur du légitimaire, et qu'on lui permette de cumuler la Légitime avec le legs ; mais dans l'espèce actuelle, il s'agit d'un testament qui défendrait littéralement cette cumul.

Ces raisonnemens semblent, au premier abord, victorieux et insurmontables : cependant il est certain que la doctrine du président Espiard est plus conforme à l'esprit de la loi *scimus* ; et il n'est pas à croire que ce magistrat eût embrassé une autre opinion, s'il eût écrit sous l'ordonnance de 1747. En effet, le cas de l'art. 16 du tit. 1 de cette ordonnance, est bien différent de celui de la loi citée. Qu'un donataire soit obligé d'opter entre la substitution d'un bien qui lui avait été donné libre, et la privation d'une nouvelle libéralité qui lui est offerte, il n'y a rien en cela que de juste ; la chose donnée n'a point de privilège particulier ; et la seule raison qui empêche le donateur de la substituer, étant parcequ'il n'y a plus aucun droit, s'évanouit lorsqu'il ajoute une nouvelle donation à la première, sous la charge expresse de souffrir la substitution de celle-ci. La Légitime est bien plus favorable ; c'est pour la subsistance des enfans qu'elle est établie ; et la prohibition faite au père de la substituer ou de la convertir en usufruit, n'a point d'autre motif que la crainte dans laquelle a été le législateur que les enfans ne vinssent à manquer de pain. C'est ce que prouvent ces paroles de la novelle 18 : *Undè enim et in medio gubernentur et quotidianum habeant cibum, nihil eis derelicto, uxoris irâ, forsan et irrationabili intercedente, quæ eis etiam quotidianam gubernationem abripiat ? Non licebit igitur de cætero ulli omninò filios habenti tale aliquid agere, sed modis omnibus et hujus Legitimæ partis quam nunc deputavimus, et usumfructum insuper et proprietatem relinquat, si vult filiorum non repentè fame morientium, sed vivere valentium vocari pater.*

La loi 6, C. *ad senatus-consultum Trebellianum*, donne une nouvelle force à ces raisons : l'empereur Zénon, qui en est l'auteur, y déclare que la quarte trébellianique, dans les cas où elle sera due aux enfans, ne pourra plus, comme dans l'ancien droit, être compensée par les fruits que le grevé percevra pendant sa jouissance ; mais qu'elle sera remplie en corps héréditaires, quand même le testateur l'aurait défendu expressément : *ut omnibus modis retentâ quartâ pro auctoritate Trebellianî senatûs-consulti, non per imputationem redituum, licet hoc testator rogaverit vel jusserit, sed de ipsis rebus hereditariis dodrans restituatur.* Ce texte s'applique ici avec d'autant plus de justesse, qu'il a été fait dans un temps où, comme on le prouvera ci-après, la quarte trébellianique tenait lieu de Légitime aux descendans, et que par conséquent on peut le regarder comme le modèle de la loi *scimus*, à laquelle il est antérieur de 142 ans.

Cependant il faut convenir qu'on trouve des arrêts contraires au sentiment d'Espiard.—Augeard en rapporte un du 17 mars 1698, qui confirme une sentence des requêtes du palais, par laquelle un fils légataire était condamné à entretenir la substitution universelle dont son père l'avait grevé au profit de ses enfans, et subsidiairement de son frère et de sa sœur, *si mieux il n'aimait se contenter de sa Légitime, auquel cas le surplus de cette Légitime serait mis entre les mains de son frère et de sa sœur, qui donneraient bonne et suffisante caution de rapporter le principal et les intérêts aux enfans du légataire universel, en cas qu'il en eût.* — Il y a aussi dans le Recueil de Pollet, un arrêt du parlement de Flandre du mois de novembre 1672, qui juge, « que la Légitime peut être chargée de substitution par les pères et les mères qui laissent à leurs enfans une portion plus forte que la Légitime ».

Mais nous pouvons opposer à ces arrêts ceux des 1er avril 1686 et 19 février 1704, rapportés ci-dessus. — En effet, dans l'espèce du premier, le père avait déclaré, qu'*avenant que ses enfans sub-*

Source : BIU Cujas

stitués ou aucuns d'eux se pourvussent contre ses intentions portées par son testament, il voulait que celui ou ceux qui contreviendraient, fussent réduits, pour toute part qu'il ou qu'ils pourraient prétendre en ses biens, à la Légitime, telle qu'elle est réglée suivant la coutume de Paris. — Il en était de même dans le cas du second arrêt; le testateur avait terminé ses dispositions par cette clause : *Je veux de plus que si quelqu'un de mes enfans refusait de souscrire à cette substitution, il soit réduit à sa Légitime.* — Ces deux arrêts ont donc jugé que l'alternative de la Légitime et de la substitution doit être rejetée, comme contraire aux dispositions des lois et à la juste faveur qu'elles accordent à la portion légitimaire.

On objecte que ces décisions ont eu pour motif le défaut des pères d'avoir appelé quelqu'un pour recueillir l'excédant de la Légitime : mais cette circonstance, qui eût été décisive dans le cas où les testateurs n'auraient fait que des legs particuliers, et qu'aucun de leurs héritiers légaux n'eût pris qualité, était absolument indifférente dans les espèces dont il s'agissait alors, parceque les frères et les sœurs des légitimaires grevés de substitution étaient nommés légataires universels, et que par conséquent c'était à eux qu'aurait dû accroître l'excédant de l'usufruit sur la Légitime, si l'alternative proposée par les testateurs eût été jugée valable.

Ce qu'ont décidé ces arrêts a pareillement été adopté par une sentence arbitrale rendue à Bordeaux en 1674, et rapportée dans le recueil de La Peyrère.

De nos jours même, le parlement de Paris a jugé que, dans le cas de l'alternative dont il s'agit, la défense de demander la distraction de la Légitime, non seulement est nulle, mais emporte même la nullité de toute la disposition à laquelle elle est accessoire, en sorte qu'alors le testament tombe.

« Les sieur et dame de La Fontaine (nous copions la *Gazette des Tribunaux*, tom. 14, pag. 227), n'avaient qu'une fille unique; ils l'ont dotée et mariée en 1755, à M. Genée de Brochot. — M. et madame de Brochot ont vécu dans la plus grande intelligence avec leur beau père et leur belle mère; cependant en 1770, le sieur de La Fontaine a fait un testament par lequel il a substitué l'universalité de ses biens aux enfans et petits-enfans à naître de sa fille unique; à défaut d'enfans, à ses deux frères, et à leurs descendans; il lui a en même temps défendu de demander la distraction de Légitime, à peine que l'excédant de cette Légitime à laquelle il l'a réduite en ce cas, passerait aussitôt aux appelés à la substitution. — Le sieur de La Fontaine est mort en 1781. Ses neveux ont produit le testament du défunt. M. et madame de Brochot n'ont pas voulu acquiescer à une disposition qui leur paraissait injuste et non méritée : ils ont commencé par faire créer un tuteur à la prétendue substitution, pour avoir un adversaire légitime, et ils ont formé contre lui leur demande en nullité de testament, comme contenant une exhérédation faite sans cause. M. Verreax, doyen des avocats de Château-Thierry, tuteur nommé à la substitution, a demandé l'exécution du testament : les collatéraux appelés, à défaut d'enfans, sont aussi intervenus pour soutenir la validité du testament et de la substitution. — Par sentence contradictoire du 13 mai 1782, rendue sur les conclusions du ministère public, le bailliage de Château-Thierry, sans s'arrêter à la demande du tuteur, ni des collatéraux, a déclaré le testament nul et de nul effet; et a ordonné la radiation des enregistremens qui avaient pu être faits de la substitution. — Le tuteur en a interjeté appel. — M. l'avocat général Ségnier qui a donné ses conclusions dans cette affaire, a incliné pour la nullité du testament, et par suite, pour la confirmation de la sentence. Voici un aperçu de ses motifs. — Les lois distinguent la substitution d'avec l'exhérédation; la substitution est la subrogation d'une personne à une autre, pour recueillir tout le profit d'une disposition. Pour substituer, il ne faut d'autre cause que la volonté du père; mais il ne peut jamais y comprendre la Légitime qu'il doit à ses enfans. — L'exhérédation officieuse prive un enfant de la propriété, de l'universalité de la succession du père, même de sa Légitime, le réduit à un simple usufruit pour alimens, et fait passer tous les biens aux petits-enfans. — Mais pour la validité de l'exhéredation officieuse, il faut, 1° qu'elle soit faite pour cause de mauvaise conduite, et déclarée dans le testament, *additâ causâ necessitateque judicii sui;* sans cela, et si la cause n'est pas vraie, l'exhérédation est une injure dont le fils a droit de se plaindre. — 2° Il faut qu'elle soit faite en vue des enfans, *potuit providere nepotibus suis, si eos jussisset heredes.* — Sans ces deux conditions, l'exhérédation est nulle. — La jurisprudence a toujours confirmé ces principes. Un arrêt du 27 mars 1669, a déclaré nul le testament d'un sieur Rainsant, médecin, contenant substitution aux enfans à naître d'un fils *dont il craignait la dissipation.* — Un autre arrêt du 4 septembre 1755, a declaré nul le testament d'une mère substituant le bien de ses enfans, *parcequ'elle les connaissait enclins à la dépense.* — Enfin un dernier arrêt du 4 avril 1767, a annullé le testament d'un sieur de Ségent, contenant une substitution *à défaut d'enfans de son fils, à des collatéraux.* — Ainsi, pour juger de la validité d'une pareille disposition, il faut distinguer si c'est une substitution pure et simple, ou une véritable exhérédation officieuse. — Au premier cas, elle est valable; au second cas, elle ne l'est qu'autant que les deux conditions concourent. — Or, dans l'espèce, nul doute que ce ne soit une véritable exhérédation, puisque le père déclare y vouloir comprendre la Légitime qu'il doit laisser libre à sa fille. — Point de doute également que, d'après les principes, elle ne soit nulle par le défaut des deux conditions essentielles : point de cause valable; point de cause exprimée dans le tes-

Source : BIU Cujas

tament. Cette exhérédation n'a pu d'ailleurs être faite en vue de pourvoir à ses petits-enfans, puisque la fille du testateur n'avait pas d'enfans au moment du testament, et qu'il savait qu'elle ne pouvait plus en avoir. — Sur ces raisons, arrêt du 21 août 1782, conforme aux conclusions de M. l'avocat général, qui confirme la sentence du bailliage de Château-Thierry ».

Sans doute que les magistrats ont aperçu dans les circonstances de l'affaire, que le sieur de La Fontaine n'avait été porté à disposer, comme il l'avait fait, que par des causes injustes ou fausses. Car, en thèse générale, l'arrêt va trop loin : il n'aurait dû annuller que la substitution de la Légitime (1). Mais il sert toujours à faire voir qu'un testateur prudent et sage, doit éviter la clause alternative qu'avait employée le sieur de La Fontaine, parcequ'elle peut former un commencement de preuve de haine ou de déraison, quand on attaque le testament en entier.

XI. Il résulte clairement de tous ces détails, que les héritiers ou ayant-cause d'un fils grevé d'une substitution universelle, ne sont pas obligés, en demandant la distraction de sa Légitime après sa mort, d'y imputer les fruits dont il a joui au-delà de ce qui pouvait lui appartenir pour sa Légitime. — Mais c'est une question, s'il en doit être de même lorsque ce sont des pères, mères, ou autres ascendans qui sont grevés de substitution.

Grassus, Fachinée, Mornac, La Peyrère et plusieurs autres auteurs tiennent la négative ; et Papon rapporte un arrêt du parlement de Grenoble de l'an 1460, qui a confirmé cette opinion. — On la fonde sur les textes de l'ancien droit, que l'on prétend n'avoir point été corrigé par le nouveau. En effet, la loi 8, §. 11, D. *de inofficioso testamento*, décide nettement que la Légitime et la quarte trébellianique reçoivent l'imputation des fruits échus pendant la jouissance du grevé : la loi 6, C. *ad senatus-consultum Trebellianum*, déroge à cette disposition pour les enfans ; mais elle déclare expressément qu'on suivra les anciennes règles à l'égard des autres personnes ; et la fameuse loi *scimus*, qui lui est postérieure, comme nous l'avons dit, de 142 années, ne parle que des enfans.

Cependant Peregrini, Ferrière sur Guypape, le président Favre, Ricard et une foule d'autres jurisconsultes soutiennent qu'il ne faut mettre, à cet égard, aucune différence entre les enfans et les ascendans : leur sentiment a même été adopté par deux arrêts du parlement de Toulouse, des 3 février 1583 et 2 juin 1631, rapportés par Cambolas ; et on peut dire qu'il ne serait pas possible de s'en écarter, sans violer à la fois l'esprit et la lettre de la loi 32, C. *de inofficioso* : cette loi, qui est une de celles qu'a faites l'empereur Justinien pour corriger la rigueur de l'ancienne jurisprudence à l'égard de la Légitime, décide expressément que tous ceux qui ont droit à une portion de cette nature, *qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant*, doivent l'avoir franche et exempte, non seulement de toute charge, mais encore de tout delai : *ipsa conditio vel dilatio, vel alia dispositio moram vel quodcumque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.* Or, il est évident que ce serait apporter des delais à la délivrance de la Légitime des ascendans, que de les obliger d'y imputer les fruits des biens qui leur sont laissés à charge de fidéicommis ; puisque les fruits n'échéant que peu à peu, ne pourraient remplir la portion légitimaire qu'un certain temps après la mort du testateur.

[[XII. Mais que doit-on décider, lorsque sans substituer la Légitime, et en la laissant au contraire parfaitement intacte, le testateur a grevé de substitution les fruits que le légitimaire recueillerait pendant sa vie des biens qu'il était le maître de lui ôter ? les héritiers du légitimaire doivent-ils, en ce cas, rapporter, après sa mort, tous les fruits qu'il a tirés des biens libres du testateur ? et qu'arrivera-t-il, si ces fruits absorbent la Légitime qui leur est due de son chef ? Cette question s'est présentée dans l'espèce suivante.

Le 17 mars 1700, Jean-Baptiste Félix, domicilié en Provence, mariant son fils Jean-Baptiste, marquis Dumuy, lui donne la terre Dumuy, avec substitution en faveur de celui des enfans mâles du donataire dont celui-ci fera choix.

Le 18 mars 1744, Jean-Baptiste Félix, marquis Dumuy, fait ce choix par contrat de mariage en faveur de son fils aîné Joseph-Gabriel-Tancrède Félix.

Le 6 octobre 1758, se disant *domicilié dans son château de la Reynalde en Provence*, quoique résidant de fait à Versailles et à Paris, par suite des charges qu'il avait à la cour, il fait son testament ; et n'ayant que deux fils, Joseph-Gabriel-Tancrède (qui n'avait lui-même qu'une fille, mariée depuis au sieur de Créquy, et en secondes nôces au sieur Bosroger), et Louis-Nicolas-Victor, alors chevalier de Malte, depuis maréchal de France, il prévoit l'extinction de sa postérité masculine : dans cette perspective, voici comment il dispose :

1° Il institue pour son héritier universel Joseph-Gabriel-Tancrède Félix, marquis du Muy, son fils aîné.

2° Il le grève, — En faveur de ses enfans mâles, — A leur défaut, des enfans mâles de Louis-Nicolas-Victor Félix, son fils cadet, — Et à défaut de descendance masculine de celui-ci, des enfans mâles de Louis-Félix d'Ollières, son neveu à la mode de Bretagne, — *D'un fidéicommis particulier, réel, graduel et perpétuel, des terres, immeubles, rentes, meubles et effets mobiliers ci-après spécifiés en trois lots*, qui seront composés, savoir, — Le premier de tout ce qui lui sera dû au

(1) *V.* ci-devant, section 4, et l'article *ab irato*.

Source : BIU Cujas

jour de son décès par Louis Félix d'Ollières, de la terre Dumuy, *quoiqu'appartenante*, dit-il, *à mondit fils aîné, lequel je prie d'en consentir la substitution, conformément aux intentions de mon père, dans son testament du 7 juin 1700, que je me fais un devoir religieux d'exécuter;* et de toutes les acquisitions qu'il a faites personnellement pour être réunies à cette terre; — Le second, de la terre de la Reynarde et de tout ce qui en dépend, tant en meubles qu'en immeubles; — Le troisième des terres de Grignan, Monségur, etc.

3° « Je veux (ce sont les termes du testateur) que tous les biens, terres, meubles et effets ci-dessus substitués, soient restitués, les cas de substitutions arrivant, dans leur intégrité..., sans que mondit fils aîné, le marquis Dumuy ou ses héritiers, puissent prétendre d'autres indemnités pour ladite terre Dumuy et dépendances, que la propriété des biens et effets non substitués qui pourront se trouver dans ma succession, avec les fruits et jouissances qu'il aura, pendant sa vie, de mes terres et autres biens ci-dessus substitués: à l'effet de quoi, je veux qu'il accepte, par acte authentique, son institution d'héritier ci-dessus purement et simplement, avec les charges et conditions que j'y impose, dans le temps de quatre mois et dix jours, à compter du jour de mon décés pour tout délai; et, faute d'y satisfaire dans ce temps, je le charge de rendre et restituer après son décès, le surplus de mes biens que je n'ai pas ci-dessus substitués, ensemble les fruits et revenus qu'il aura perçus, pendant sa vie, de la totalité de ma succession, au-dessus de ceux du supplément de légitime, s'il lui en était dû, à celui des substitués ci-dessus qui recueillera le premier lot, pour lui tenir lieu d'indemnité de la terre Dumuy, et remplacer ladite terre dans ledit lot; auquel supplément de Légitime, s'il en est dû, je réduis audit cas tous les droits de mondit héritier dans ma succession ».

4° Le testateur nomme pour exécuteur de ses dernières volontés Louis Félix d'Ollières, père des appelés en troisième ligne aux substitutions.

Il meurt à Paris en août 1759. Ses deux fils répudient son testament, et demandent la nullité des substitutions, quant aux terres Dumuy et de la Reynarde.

Le 7 septembre 1761, arrêt du parlement de Paris, qui, contradictoirement avec un sieur Léger, nommé tuteur aux substitutions, les annulle en effet quant à ces terres. — Enhardis par ce premier succès, ils attaquent les substitutions en entier; et le 12 août 1762, un second arrêt les déclare également nulles.

Le 22 février 1763, troisième arrêt par défaut, faute de comparoir, qui, sur la demande du tuteur aux substitutions, déclare ceux de 1761 et 1762 communs avec Louis Félix d'Ollières.

En 1775, décès du maréchal Dumuy sans postérité.

En 1778, Joseph-Gabriel-Tancrède Félix, marquis Dumuy, son frère aîné, meurt également sans laisser d'autre enfant que la dame de Créquy, remariée depuis au sieur Bosroger.

En juin 1782, Louis Félix d'Ollières, en qualité de légitime administrateur des biens de ses enfans mineurs, obtient, contre la dame de Créquy, un arrêt qui, entérinant les lettres de requête civile obtenues par lui contre les arrêts de 1761, 1762 et 1763, le remet au même état où il était avant qu'ils fussent rendus.

Et le 21 mai 1787, arrêt qui prononçant sur le rescisoire, — « Met les appellations et ce dont est appel au néant, émendant, ordonne que le testament de 1758 sera exécuté selon sa forme et teneur; en conséquence, envoie Louis d'Ollières et son fils en possession des substitutions portées par icelui, *avec restitution de fruits, à compter du jour de la demande en ouverture, conformément à l'ordonnance.....*; à l'exception néanmoins de la terre Dumuy telle qu'elle était en 1700, et qu'elle a été substituée par le contrat de mariage dudit an, laquelle demeura distraite au profit de la dame de Créquy, *à la place de laquelle* Louis d'Ollières et son fils sont envoyés en possession, aux termes dudit testament, du surplus des biens libres, *déduction faite des légitimes de droit* au profit de qui il appartiendra; sur le surplus des demandes, fins et conclusions, met les parties hors de cour ».

Le 8 février et le 25 avril 1788, le 20 février 1789, le 5 février et le 12 octobre 1790, il intervient au parlement de Paris de nouveaux arrêts qui statuent sur la plupart des contestations occasionnées par l'exécution de celui du 21 mai 1787.

Mais quelques difficultés restent encore indécises; et pour les voir vider, la dame de Créquy est assignée, le 19 juillet 1791, par Louis Félix d'Ollières, devant le tribunal de district d'Aix.

La dame de Créquy se pourvoit à la cour de cassation; et le 17 janvier 1793, elle y obtient, sur une requête non communiquée, un arrêt qui, — « sans avoir égard à l'assignation du 19 juillet 1791, ordonne que les parties se retireront au greffe de *celui des tribunaux de district de Paris, dans le ressort duquel a été ouverte la succession de J. B. Dumuy*, pour y faire choix d'un tribunal d'appel ».

Louis Félix d'Ollières ne forme pas opposition à cet arrêt, il y acquiesce, et la cause est portée devant l'un des tribunaux d'arrondissement de Paris.

Tandis qu'elle y est pendante, Louis Félix d'Ollières meurt, laissant deux fils, Jean-Baptiste-Louis-Philippe Félix d'Ollières Dumuy, général de division, et Louis-Antoine Félix d'Ollières, interdit pour cause de démence.

Le 24 brumaire an 10, la dame de Bosroger (précédemment veuve de Créquy), fait assigner le général Dumuy, tant en son nom que comme cura-

Source : BIU Cujas

teur à l'interdiction de son frère, à comparaître devant la cour d'appel de Paris, pour y constituer avoué, et procéder suivant les derniers erremens.

Après une plaidoirie de sept audiences, arrêt du 21 germinal an 13 qui pose ainsi la question à juger :

« La dame de Bosroger est-elle obligée par l'arrêt du 21 mai 1787, au remplacement de la terre Dumuy, que son aïeul avait substituée par son testament de 1758 ? Doit-elle en conséquence restituer les biens et effets non substitués qui se sont trouvés dans la succession de Jean-Baptiste Dumuy, auteur de la substitution, ensemble les fruits de la totalité de la succession perçue au-delà de la Légitime et de ses fruits, à compter de 1759, époque du décès du testateur » ?

Et statuant sur cette question, — « Attendu que la restitution des fruits perçus depuis la demande en ouverture, littéralement ordonnée par l'arrêt contradictoire du 21 mai 1787, n'est ni ne pouvait être contestée par la dame de Bosroger ; — Considérant que les fruits des biens substitués, dont Joseph-Gabriel-Tancrède Félix Dumuy, père de la dame Bosroger, et cette dernière elle-même, ont joui en sus de ceux du supplément de Légitime, depuis le décès de Jean-Baptiste Félix Dumuy, testateur, arrivé le 23 août 1759, jusqu'en 1786, époque de la demande en ouverture, font partie de l'indemnité qui avait été fixée par le testament du 6 octobre 1758, dans le cas où le fils du testateur, contrariant tout à la fois, et la prière de son père, et le vœu de son aïeul, ne consentirait pas à la substitution de la terre Dumuy ; que ce cas est arrivé ; que ni Tancrède Dumuy, de son vivant, ni sa fille, après lui, n'ont voulu souffrir cette substitution ; qu'ils ont demandé et obtenu la distraction de la terre Dumuy ; qu'ils ont possédé librement le domaine formant le premier lot de la substitution, et que par-là ils se sont volontairement soumis au remplacement intégral de cette terre, tel qu'il est prescrit par le testament de 1758 ; que la dame Bosroger ne saurait ni morceler ce remplacement, ni s'en plaindre, puisque la disposition était alternative ; que son père et elle ont été les maîtres de leur sort ; qu'ils ont été libres d'accepter comme de refuser la substitution de la terre Dumuy : de même que le testateur était libre, en cas de refus, de réduire son fils à sa Légitime, et de l'obliger à restituer tout ce qui excéderait le capital et les intérêts de cette Légitime, pour, cet excédant composé du surplus des biens libres, en fonds et en fruits, servir à l'indemnité et au remplacement de la terre Dumuy ; — Considérant qu'au testament de 1758, se joint l'autorité de la chose jugée par l'arrêt du 21 mai 1787, lequel, d'un côté, ordonne que ce testament sera exécuté selon sa forme et teneur ; et de l'autre, en prononçant la distraction de la terre Dumuy, envoie la famille d'Ollières en possession du surplus des biens libres aux termes de ce même testament qui voulait que dans ce surplus entrassent les fruits et revenus perçus au-dessus de ceux du supplément de Légitime ; — Considérant que la qualité de légitimaire et les principes sur la Légitime ne peuvent faire obstacle à l'exécution et du testament de 1758 et de l'arrêt de 1787 ; qu'il ne s'agit point d'épuiser par les fruits des biens substitués, la Légitime due à Tancrède Dumuy dans la succession de son père ; que Tancrède et sa fille doivent la recevoir entière en fonds et en fruits ; qu'elle est due au moment du décès du père, testateur, qui n'a ni grevé, ni pu grever en rien le supplément de Légitime ; mais que là se bornent et la qualité et les droits de légitimaire ; que créanciers et une fois remplis de leur légitime, en fonds et en fruits, Tancrède et sa fille doivent, à leur tour, restituer, comme indemnité de la terre Dumuy, tout ce qu'ils ont perçu en fonds et en fruits au-delà de cette Légitime ; qu'il n'y a visiblement aucune connexité entre la qualité de légitimaire et celle de débiteur du remplacement de la terre Dumuy dans la substitution, et que la restitution de l'indemnité de cette terre, aux termes du testament de 1758, ne contrarie nullement les principes sur la Légitime ; — Considérant que les principes relatifs à la possession de bonne foi, sont également inapplicables à la cause ; qu'il n'est point ici question de fruits accessoires de la chose que le possesseur de bonne foi détient, mais de fruits soustraits, comme capital, à la possibilité de toute jouissance ; qu'il s'agit d'un objet principal et frappé de substitution, que le grevé doit remettre à l'appelé ; que les arrêts des 7 septembre 1761, 12 août 1762 et 22 février 1763, rescindés par l'arrêt du mois de juin 1782, ont bien pu autoriser l'erreur de Tancrède Dumuy et de sa fille ; mais qu'ils n'ont jamais pu les faire profiter de cette erreur, ni les dispenser d'exécuter les dispositions du testament de 1758, le jour où ces dispositions seraient rétablies ; qu'en un mot, la dame Bosroger ne peut alléguer en sa faveur une bonne foi qui la rendrait propriétaire, non des fruits d'une substitution, mais du fonds de l'indemnité qui remplaçait, dans cette substitution, l'objet que son père et elle n'ont pas voulu y laisser ; — Considérant enfin, que la disposition de l'arrêt de 1787, portant restitution des fruits à compter du jour de la demande en ouverture, conformément à l'ordonnance, ne saurait non plus autoriser le refus de l'indemnité de la terre Dumuy ; qu'il faut bien distinguer entre les fruits dus et restituables aux termes de la loi et d'après ses dispositions, et les revenus substitués par la volonté du testateur et contribuant au remplacement de cette terre ; que cette distinction saisie et faite par l'arrêt de 1787, se trouve consignée, d'une part, dans la disposition précitée, et de l'autre, dans les deux dispositions qui ordonnent expressément l'exécution du testament de 1758, selon sa forme et teneur, et le remplacement de la terre Dumuy, aux termes de ce testament, par le surplus des biens libres dont les fruits perçus au-

Source : BIU Cujas

delà de ceux du supplément de Légitime, faisaient nécessairement partie, aux termes et selon la teneur de ce même testament; que l'arrêt de 1787, loin d'apporter aucune restriction, aucune modification quelconque à la volonté du testateur, l'a au contraire maintenue dans toute sa plénitude... ; — Ordonne que l'arrêt du 21 mai 1787 sera exécuté selon sa forme et teneur, en conséquence, condamne Marie-Anne-Thérese Félix Dumuy, épouse non commune en biens de Louis-Adam Leroy de Bosroger, à rendre et restituer audit Dumuy, tant les fruits échus depuis la demande en ouverture de la substitution dont il s'agit, et perçus par ladite dame Bosroger, que ceux échus depuis le 23 août 1759, date de la mort de Jean-Baptiste Félix Dumuy, testateur, jusqu'en 1786, époque de ladite demande en ouverture, et successivement perçus par Tancrède Dumuy, et par ladite dame Bosroger sa fille, le tout aux déductions voulues par le testament du 6 octobre 1758, et par ledit arrêt du 21 mai 1787, laquelle restitution aura lieu à l'amiable, si faire se peut, sinon en justice, à dire d'experts convenus ou nommés d'office, et de la manière ci après ordonnée ; — En ce qui touche les demandes de ladite dame Bosroger et de son mari, en paiement et fixation de Légitime, composition de masse, rapports, prélèvemens et imputations, ensemble la demande dudit Dumuy, en imputation de 30,000 liv. sur la Légitime de Joseph-Gabriel-Tancrède Félix Dumuy, — Ordonne que la quotité proportionnelle de ladite Légitime, est, et demeure fixée au sixième pour toute nature de biens meubles et immeubles dépendans de la succession de Jean-Baptiste Félix Dumuy ».

La dame de Bosroger meurt peu de temps après la prononciation de cet arrêt; mais son mari à qui elle a laissé l'universalité de ses biens, se pourvoit en cassation.

« L'arrêt de la cour d'appel de Paris, du 21 germinal an 13 (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 10 novembre 1807), est attaqué par cinq moyens de cassation. On lui oppose, 1° le principe que nul n'est tenu d'exécuter les clauses d'un testament en vertu duquel il n'a rien reçu; 2° la loi 32, C. *de inofficioso testamento*, et la loi 6, C. *ad senatus-consultum Trebellianum*, d'après lesquelles, dit-on, la Légitime ne peut jamais être consumée ni compensée par des fruits perçus; 3° la loi 48, D. *de acquirendo rerum dominio*, la loi 1, §. 1, C. *de petitione hereditatis*, et l'art. 94 de l'ordonnance de 1539, qui n'obligent les possesseurs de bonne foi à restituer les fruits que du jour de la demande judiciaire; 4° l'autorité de la chose jugée par l'arrêt du parlement de Paris, du 21 mai 1787; 5° les art. 5 et 40 du tit. 1 de l'ordonnance du mois d'août 1747, concernant les substitutions.

» De ces cinq moyens, le premier suppose un *principe* qui, dans le sens général qu'il vous est présenté, ne se trouve écrit dans aucune loi; qui même, dans ce sens, est démenti par des lois formelles, et qui d'ailleurs est, dans notre espèce, écarté par un arrêt que l'on n'a jamais attaqué.

» Nous disons d'abord qu'aucune loi n'a consacré, dans la généralité qu'on veut lui donner ici, le prétendu principe que celui qui ne reçoit rien en vertu d'un testament, n'est pas tenu d'en exécuter les clauses; et cela est d'une vérité, pour ainsi dire, triviale. — Sans doute, l'étranger à qui un testateur, sans lui rien donner, imposerait une charge quelconque, serait bien le maître de ne pas exécuter son testament. — Sans doute, le légitimaire, l'héritier de biens frappés d'une réserve légale, à qui le testateur, sans rien ajouter à sa Légitime, à sa réserve, ordonnerait des choses qui tendraient à altérer, grever ou diminuer l'une ou l'autre, serait bien le maître, en se tenant à sa réserve ou à sa Légitime, de ne pas déférer à la volonté du défunt, en tant qu'elle préjudicierait à ses droits légaux. — Mais est-ce à dire pour cela que le légitimaire, que l'héritier d'une portion indisponible, dont le testateur a respecté les droits légaux, puisse, sous le prétexte qu'il a répudié le testament, en empêcher l'exécution, en neutraliser l'effet? Est-ce à dire pour cela que non content de la Légitime, de la portion indisponible que la loi lui affecte, et que le testateur lui laisse intacte, il puisse se refuser à l'accomplissement de la volonté de celui-ci, en tant qu'elle porte sur des biens dont celui-ci avait le pouvoir de le priver? Non certainement.

» Bien loin de là, et c'est notre seconde proposition, il y a dans le droit romain, c'est-à-dire, dans les lois qui ont régi les biens litigieux jusqu'à la publication du Code Napoléon, une foule de textes qui décident formellement le contraire. Ces textes sont placés sous le titre du Digeste, *si quis omissâ causâ testamenti;* et voici notamment ce que porte la première loi de ce titre : *Prætor voluntates defunctorum tuetur, et eorum calliditati occurrit qui, omissâ causâ testamenti, ab intestato hereditatem partemve ejus possident, ad hoc ut eos circumveniant quibus quid ex judicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas.....* (*V. Légataire*, §. 4, n. 3.)

» Enfin, l'arrêt du parlement de Paris, du 21 mai 1787, juge formellement que, nonobstant la renonciation faite par les deux fils de Jean-Baptiste Dumuy à son testament du 6 octobre 1758, et leur réduction à la qualité de légitimaires, ce testament doit être *exécuté selon sa forme et teneur.* — Ainsi, l'autorité de la chose jugée vient ici se réunir à celle des lois romaines, pour repousser le premier moyen de cassation du sieur de Bosroger.

» Trouverez-vous mieux fondé celui que l'on fait résulter de la loi *quoniam* 32, C. *de inofficioso testamento*, et de la loi *jubemus*, C. *ad senatus-consultum Trebellianum*?

Source : BIU Cujas

» La loi *quoniam* se borne à dire que le père ne peut imposer à la Légitime aucune espèce de condition, de charge ni de délai : *Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quid minùs legitimâ portione his derelictum sit qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur : hoc in præsenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliquâ dispositione, moram, vel modum, vel aliud gravamen introducente, eorum jura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur; ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens, tolletur : et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum essset.* — Or, nous ne voyons pas, le demandeur n'articule même pas, que le testateur Jean-Baptiste Dumuy ait grevé la Légitime de son fils Tancrède d'aucune charge, qu'il l'ait fait dépendre d'aucune condition, qu'il en ait renvoyé la délivrance à un temps quelconque. C'est donc bien mal à propos que l'on invoque ici la loi *quoniam*.

» La loi *jubemus* paraît, au premier abord, n'être pas moins étrangère à l'objet pour laquelle on la cite; car ce n'est pas de la Légitime, c'est uniquement de la quarte trébellianique qu'elle s'occupe; et elle veut simplement que le fils grevé de substitution par son père, fasse sur les biens fidéicommissés, le prélèvement de cette quarte; qu'elle lui soit fournie en corps héréditaires, et que l'on ne puisse pas y imputer les fruits des biens fidéicommissés, quand même le testateur l'aurait ainsi ordonné en termes exprès : *Jubemus*, dit l'empereur Zénon, auteur de cette loi, *quoties pater vel mater filio seu filiæ, filiis vel filiabus ex æquis vel inæquis partibus heredibus institutis, invicem seu simpliciter quosdam ex his aut quemdam rogaverit, qui prior sine liberis decesserit, portionem hereditatis suæ superstiti seu superstitibus restituere, ut omnibus modis, retentâ quartâ pro auctoritate Trebelliani senatus-consulti, non per imputationem redituum, licet hoc testator rogaverit vel jusserit, sed de ipsis rebus hereditariis, dodrans restituatur.*

» Mais quoique limitée en apparence à la quarte trebellianique, cette loi n'en est pas moins applicable à la Légitime. A l'époque où elle fut portée, la Légitime ne consistait, comme la trébellianique, que dans le quart de la succession dégagée de toutes les dettes; et la trébellianique tenait alors tellement lieu de Légitime, que jamais l'une ne pouvait concourir avec l'autre. Aussi remarquez-vous que par le texte cité, l'empereur Zénon ordonne qu'après la distraction de la quarte trébellianique, le fils grevé d'une substitution universelle, sera tenu de restituer au fidéicommissaire les trois quarts restans de la succession, *dodrans restituatur.*

» Ainsi, nul doute que nous ne devions ici raisonner d'après cette loi, comme si la Légitime était nommément comprise dans sa disposition.

» Mais de ce que, par cette loi, il est implicitement établi qu'un père ne peut pas, en grevant son fils d'une substitution fidéicommissaire, lui imposer l'obligation d'imputer dans sa Légitime les fruits qu'il percevra avant l'ouverture de cette substitution, de ce qu'aux termes de cette loi sainement entendus, le fils grevé d'une substitution fidéicommissaire, doit, à l'ouverture de cette substitution, retenir tout à la fois et sa Légitime en corps héréditaires, et tous les fruits que les biens fidéicommissés ont produits jusqu'à cette époque, s'ensuit-il que cette loi a été violée par la disposition de l'arrêt de la cour d'appel de Paris que nous discutons en ce moment? ou, en d'autres termes, Jean-Baptiste Dumuy avait-il fait, par son testament du 6 octobre 1758, ce que prohibe cette loi ? et Tancrède Dumuy son fils se trouvait-il précisément dans le cas où cette loi autorise le légitimaire à cumuler la distraction de sa Légitime avec la retention de tous les fruits qu'il a précédemment tirés de la succession fidéicommissée ?

» Pour résoudre cette question, il importe de nous fixer sur les deux dispositions principales du testament de Jean-Baptiste Dumuy.

» Par la première, il institue son fils Tancrède son héritier universel, et le grève d'un fidéicommis particulier dans lequel il fait entrer, outre quelques uns de ses propres biens qu'il désigne, la terre Dumuy dont il reconnaît cependant que son fils Tancrède est propriétaire, *sans que mondit fils*, ajoute-t-il, *puisse prétendre d'autres indemnités pour ladite terre Dumuy, que la propriété des biens et effets non substitués qui pourront se trouver dans ma succession, avec les fruits et jouissances qu'il aura, pendant sa vie, de mes biens ci-dessus substitués.* — Ainsi, institution universelle, substitution particulière, extension de cette substitution jusqu'à la terre Dumuy qui appartient à son fils, et détermination de l'indemnité qu'il accorde à son fils pour cette extension : voilà à quoi se réduit cette première disposition du testament.

» Par la seconde disposition, le testateur pressent que son fils Tancrède pourra fort bien ne pas consentir à la substitution de sa terre Dumuy; et voulant prévenir à cet égard toute incertitude, il ordonne que, dans les quatre mois et dix jours de sa mort, son fils Tancrède accepte purement et simplement son institution d'héritier, avec soumission expresse aux charges et conditions dont il l'a grevée; faute de quoi, il le réduit à sa Légitime : *Je le charge*, continue-t-il, *de rendre et restituer après son décès, le surplus de mes biens que je n'ai pas substitués, ensemble les fruits et revenus qu'il aura perçus pendant sa vie de la totalité de ma succession, au-dessus de ceux de supplément de Légitime, s'il lui en était dû, à celui des substitués qui recueillera le premier*

Source : BIU Cujas

lot, pour lui tenir lieu d'indemnité de la terre Dumuy.

» D'après ces deux dispositions, que serait-il arrivé si Tancrède eût accepté le testament de son père, et par suite consenti à la substitution de sa terre Dumuy? Sans contredit, indépendamment de sa portion légitimaire, il aurait perçu irrévocablement pour son compte, il eût incommutablement fait siens jusqu'à sa mort, tous les fruits des biens de son père; et de tous ces fruits, rien n'aurait pu être imputé sur sa Légitime, quand même son père en eût ordonné l'imputation; car à cette hypothèse se serait justement appliquée la prohibition contenue dans la loi *Jubemus*.

» Mais cette hypothèse ne s'est pas réalisée : Tancrède n'a pas consenti à la substitution de la terre Dumuy; et par-là est arrivée la condition de laquelle le testateur avait fait dépendre pour Tancrède, non seulement la réduction à sa Légitime, mais encore l'obligation de restituer, après sa mort, aux enfans de Louis-Félix d'Ollieres, tous les fruits qu'il aurait perçus des biens excédant sa portion légitimaire.

» Que le testateur ait pu, cette condition arrivant, réduire Tancrède à sa Légitime; c'est ce qui n'est ni ne peut être contesté. Ainsi, nul doute que le testateur n'eût pu dire : « En cas que mon fils Tancrède se refuse à la substitution de la terre Dumuy, je veux que, distraction faite de sa Légitime, qui lui sera délivrée à l'instant, les enfans de Louis-Félix d'Ollieres entrent sur-le-champ en jouissance du restant entier de mes biens. »

» Mais le testateur n'a pas été aussi sévère : au lieu d'appeler les enfans de Louis-Félix d'Ollieres à recueillir sur-le-champ la portion disponible de ses biens, il ne les y a appelés qu'après la mort de Tancrède; et en chargeant Tancrède de leur restituer à sa mort les fruits de cette portion, il lui en a du moins laissé la jouissance pendant sa vie.

» Maintenant la question est de savoir s'il a pu fidéicommisser, dans les mains de Tancrède, des fruits dont il ne tenait qu'à lui de le priver; si, pour avoir traité Tancrède moins durement que la loi ne l'autorisait à le faire, sa disposition est nulle; si Tancrède, qui n'aurait rien à dire dans le cas où il n'eût obtenu que sa Légitime, peut se plaindre de ce qu'en lui donnant, outre sa Légitime, une jouissance viagère de fruits, on a substitué, non sa Légitime, mais la valeur des fruits dont on lui a permis de jouir en sus; en un mot, s'il peut se dispenser, à sa mort, de rendre des fruits dont il n'a joui que parceque le testateur a bien voulu les lui laisser sous la condition de les restituer à cette époque.

» Mais proposer une pareille question, n'est-ce pas la résoudre contre Tancrède? Au surplus, elle n'est pas nouvelle; les interprètes des lois romaines s'en sont occupés, et il y a long-temps que leur doctrine est sanctionnée par la jurisprudence des arrêts.

» Fachinée, dans son Recueil *controversiarum juris*, liv. 12, chap. 11, demande *an filius possit gravari à patre ad fructuum restitutionem ultra Legitimam* : c'est bien notre espèce. — Voici sa réponse : *Quamvis pater disponere non possit ut fructus in Legitimam imputentur filii gravati per fideicommissum (l. jubemus, C. ad Trebellianum), potest tamen jubere ut fructus ipsi restituantur, qui ultra Legitimam percipiuntur.* — Il ajoute que tel est l'avis d'Angelus, d'Imola et d'Alexandre sur la loi 32, D. *ads. c. Trebellianum;* de Ripa sur la loi 18, du même titre; du cardinal de Cumes, dans son Conseil 25; et de Covarruvias, sur le chapitre *Raynutius*, aux décrétales, *de testamentis*, §. 11, n. 4. — Il convient cependant que deux docteurs, dont il cite les consultations, ont soutenu le contraire, sur le double fondement que *hoc modo filius posset gravari Legitimâ, quod esset absurdum, et quia fructus imputari non possunt in Legitimam, ergo multò minùs poterit gravari filius ad eorum restitutionem.* — Mais (continue Fachinée), nonobstant ces raisons, je regarde la première opinion comme irréfragable, pourvu qu'on l'entende sainement, c'est-à-dire, en admettant que le fils ait sa Légitime franche en corps héréditaires, et que les fruits qu'elle produira après la mort du père, lui demeurent incommutablement : *His non obstantibus, ego puto priorem sententiam esse verissimam, si rectè intelligatur, videlicet, quòd filius debeat suam Legitimam in corporibus hereditariis et fructus quoque Legitimæ quibus fraudari non potest.* Car le père peut disposer à son gré de tout l'excédant de son patrimoine; il est donc bien le maître d'imposer à son fils l'obligation de restituer les fruits de cet excédant : *Nam de cæteris bonis pater ad libitum disponere potest; ergo potest jubere filio ut fructus restituat ultra Legitimam.* Du reste, point de similitude entre l'imputation des fruits dans la Légitime, et la charge de les restituer. Obliger le fils d'imputer des fruits dans sa Légitime, ce serait vouloir qu'il prît sa Légitime en fruits, tandis qu'il doit l'avoir en corps héréditaires; au lieu que, par la simple charge de restituer les fruits des biens excédant sa Légitime, on laisse intacte sa Légitime même, et on ne l'empêche pas de la prendre en fonds : *Et magna est differentia inter imputationem fructuum in Legitimam et restitutionem fructuum : quia si filius imputare deberet fructus in Legitimam, tunc haberet Legitimam in ipsis fructibus, non autem in corporibus hereditariis, contra textum in lege* scimus, C. de inofficioso testamento. *Cùm igitur diversa sit ratio inter ista, ex uno non licet ad alterum inferre, quidquid sit in aliis casibus, in quibus nulla est ratio differentiæ inter imputationem et restitutionem. Nec video ullam fraudem fieri Legitimæ : quia jam supponimus filium habere suam Legitimam integram in corporibus hereditariis, et fructus quoque ipsius Legitimæ.* Enfin (dit encore Fachinée), il n'importe que régulièrement les fruits appartiennent à l'héritier grevé, tant qu'il

Source : BIU Cujas

n'est point en demeure de restituer le fidéicommis; car cette règle cesse dans le cas où le fidéicommis frappe sur les fruits mêmes : *Et licet fructus pertineant ad heredem gravatum ante moram, tamen secùs est quandò testator mandat restitui etiam fructus*; et telle est la disposition expresse de la loi *in Fideimmissariâ* et de la loi *Balista*, D. *ad Trebellianum*.

» Vous voyez, messieurs, que ce jurisconsulte, célèbre dans tous les pays, mais particulièrement considéré dans la ci-devant Provence, répond parfaitement à la raison qu'emploie le sieur de Bosroger pour faire étendre au cas dont il est ici question, la défense qui est faite au père, par la loi *Jubemus*, d'ordonner l'imputation des fruits des biens qu'il fidéicommisse, dans la portion légitimaire de son fils. — Le sieur de Bosroger a beau dire, en effet, que l'imputation et la restitution ont le même résultat. Vraie à certains égards, cette assertion est souverainement fausse, quant à la nécessité de laisser au fils sa Légitime en corps héréditaires; objet qui occupe essentiellement la pensée du législateur; et la chose est extrêmement aisée à sentir. — Si, dans notre espèce, le testateur Jean-Baptiste Dumuy eût ordonné à Tancrède d'imputer dans sa Légitime les fruits des biens qu'il lui laissait en sus de cette portion sacrée, et que sa disposition eût pu avoir son effet, quelle en aurait été la conséquence? C'est que Tancrède n'aurait pu, immédiatement après la mort du testateur, se faire délivrer sa Légitime; qu'il aurait été réduit à en toucher d'année à autre des à-comptes partiels, et que définitivement il s'en serait trouvé rempli tout autrement qu'en corps héréditaires. — Au lieu que le testateur s'étant borné à ordonner la restitution des fruits des biens excédant la Légitime de Tancrède, rien n'a empêché Tancrède de prendre sa Légitime en corps héréditaires à l'instant même où la succession s'est ouverte; rien ne l'a empêché de faire dès-lors tel usage, telle disposition qu'il a jugé à propos, des corps héréditaires qui ont dû composer sa Légitime.

» Inutile d'objecter que Tancrède n'a pas usé, à cet égard, de son droit; qu'il n'a pas fait procéder à la distraction de sa Légitime; que sa Légitime est restée confondue avec la portion disponible des biens paternels, et qu'à sa mort les choses sont revenues au même, que si son père lui eût imposé la charge d'imputer les fruits de ses biens disponibles dans sa Légitime; qu'à sa mort, sa Légitime s'est trouvée, soit absorbée, soit au moins compensée, en grande partie, par des fruits perçus; et que jamais des fruits perçus par un légitimaire, ne peuvent, soit par imputation, soit par restitution, remplir ni diminuer sa Légitime.

» La réponse à cette objection est dans le principe que, pour juger de la validité d'une disposition testamentaire, il faut toujours se reporter au temps de la mort du testateur. — Jean-Baptiste Dumuy avait-il rempli, en mourant, tout ce que la loi lui prescrivait à l'égard de la Légitime de Tancrède? Oui : il la lui avait laissée en corps héréditaires, et il ne tenait qu'à Tancrède de se la faire délivrer. Les dispositions ultérieures de Jean-Baptiste Dumuy ne pouvaient donc pas, à cette époque, être critiquées par Tancrède, puisque, encore une fois, Tancrède avait reçu de Jean-Baptiste tout ce qu'il pouvait exiger. Comment donc Tancrède aurait-il pu, en différant de se faire délivrer sa Légitime, acquérir sur les fruits des autres biens de son père, des droits qu'il n'aurait pas eus, si sa Légitime lui eût été délivrée aussitôt qu'elle pouvait et devait l'être? Où a-t-on pris qu'un créancier peut améliorer sa condition au préjudice de son débiteur, par les retards qu'il met à se faire payer? Où a-t-on pris qu'une disposition testamentaire, valable dans son principe, peut être annullée par le fait de l'héritier à qui elle porte un préjudice autorisé par la loi?

» Et qu'importe après tout que, par l'effet du retard du légitimaire à se faire délivrer sa Légitime, il arrive, après un certain temps, que, débiteur de fruits perçus que le testateur pouvait l'empêcher de percevoir, il soit obligé d'en souffrir la compensation sur sa Légitime même? Cette compensation n'a point lieu par le fait du testateur; elle n'a lieu que par le fait du Légitimaire; et il n'y a pas un mot, soit dans la loi *Quoniam*, soit dans la loi *Jubemus*, qui s'oppose à se qu'elle soit admise. — Par la loi *Quoniam*, nous l'avons déjà dit, il est seulement défendu au testateur d'imposer à la Légitime aucune condition, aucune charge, aucun délai; et la loi *Jubemus* ne porte que sur le cas où le testateur, en fidéicommissant dans la personne de son fils, non pas les fruits, mais seulement le fonds de ses biens libres, a ordonné que les fruits de ses biens libres seraient imputés dans la Légitime.

» Prétendre que cette dernière loi, par cela seul qu'elle prohibe l'imputation des fruits dans la Légitime, est censée prohiber la substitution des fruits même, c'est ajouter à son texte, c'est lui faire dire plus qu'il ne dit; et n'y eût-il pas entre l'une et l'autre cette différence essentielle que Fachinée vient de nous faire, pour ainsi dire, toucher au doigt et à l'œil, ce serait déjà bien assez du silence de la loi sur la substitution des fruits, pour que la cassation ne pût pas atteindre un arrêt qui a jugé valable une pareille substitution.

» Cet arrêt au surplus n'a fait, comme nous l'avons annoncé, que suivre les erremens d'une jurisprudence établie depuis long-temps dans les pays de droit écrit.

» L'un des monumens les plus curieux de cette jurisprudence est une décision du sénat de Mantoue, qui nous a été conservée par *Surdus*, lequel y avait coopéré comme membre de ce tribunal. En voici l'espèce, telle que la rapporte ce magistrat,

Source : BIU Cujas

dans son recueil intitulé : *Decisiones sacri Mantuani senatûs*, imprimé à Lyon en 1612, §. 21.

» Alphonse de Cremaschis avait institué tous ses enfans héritiers, et avait ordonné que ses fils puînés seraient tenus, à leur mort, de rendre à l'aîné nommé Antoine, tout ce qui, dans leurs portions respectives, excèderait leur Légitime, et tous les fruits qui, pendant la vie de chacun d'eux, proviendraient de cet excédant. — Le testateur mort, Antoine de Cremaschis, d'une part, et ses frères de l'autre, voulant prévenir les difficultés qui pourraient un jour s'élever entre leurs héritiers sur l'effet de cette disposition, adressèrent d'un commun accord au duc de Mantoue, leur souverain, un mémoire par lequel ils le prièrent de faire décider par son sénat, si le fidéicommis dont le père avait grevé les puînés au profit de l'aîné, était valable et devait avoir son exécution, en tant qu'il affectait les fruits à percevoir par les puînés sur les portions de biens qui excédaient leur Légitime. — Le duc de Mantoue renvoya en effet cette question à son sénat.

» Et après l'avoir examinée, dit Surdus, tous les juges, hors le président, émirent, dès le premier abord, l'avis que la clause était valable : *Omnes domini conveniebant valere dispositionem domini Alphonsi patris, quòd filii tenerentur restituere fructus omnes quos ex bonis ultra Legitimam relictis, percepissent. Solus dominus præses in diversam ibat sententiam quòd non valeret dispositio.*

» Le président proposa ses objections, au nombre de sept, et Surdus nous les retrace toutes avec les réponses qui y furent faites. Les voici.

» *Première objection.* Il est de principe, et la loi *in fideicommissariâ* 18, D. *ad s. c. Trebellianum*, décide nettement que les fruits perçus par l'héritier grevé de fidéicommis, après l'adition d'hérédité, lui appartiennent incommutablement et ne sont pas sujets à restitution.

» *Réponse.* Ce principe est vrai en thèse générale ; mais il admet une exception dans le cas où le testateur a expressément ordonné la restitution des fruits. Cette exception est même écrite textuellement dans la loi citée : *in fideicommissariâ hereditatis restitutione constat non venire fructus, nisi ex morâ facta sit, aut cùm quis specialiter fuerit rogatus fructus restituere.*

» *Deuxième objection.* Il est de principe que la Légitime doit être fournie en corps héréditaires : on ne peut donc pas la fournir en fruits.

» *Réponse.* Ce n'est pas fournir la Légitime en fruits, que d'obliger le légitimaire de restituer les fruits des biens qui lui sont laissés en sus de sa Légitime. Rien ne s'oppose, en ce cas, à ce qu'il prenne sa Légitime en corps héréditaires. Quant aux fruits des biens excédans, il peut, ou, s'ils existent encore, les restituer en nature, ou s'ils n'existent plus, en rendre la valeur en argent, sans qu'on puisse l'obliger, soit de compenser cette valeur avec sa Légitime, soit d'abandonner, pour l'acquitter, les corps héréditaires qui lui ont été délivrés pour sa portion légitimaire.

» *Troisième et quatrième objections.* La loi *Jubemus* décide que les fruits perçus par le fils grevé d'un fidéicommis universel, avant l'ouverture du fidéicommis même, ne peuvent pas être imputés dans la quarte trébellianique ou légitime, même dans le cas où le testateur en aurait ordonné l'imputation. Or, ce que le testateur ne peut pas faire directement, peut-il le faire par une voie détournée? Et n'est-il pas évident qu'obliger le fils de restituer les fruits fidéicommissés dans sa personne, c'est indirectement lui faire consumer sa Légitime en fruits et par conséquent la lui faire perdre?

» *Réponse.* Autre chose est l'imputation des fruits dans la Légitime, autre chose est l'obligation de les restituer. Si l'on permettait au père d'ordonner l'imputation des fruits dans la Légitime, le fils ne pourrait prendre sa Légitime qu'en fruits échus après l'ouverture de la succession, *in fructibus non hereditariis*, tandis qu'elle doit lui être fournie en corps héréditaires, *in bonis et substantiâ testantis.* Or, cet inconvénient cesse, lorsque le testateur ordonne, non pas d'imputer les fruits, mais de les restituer, puisque, dans ce dernier cas, le fils reste maître de prendre sa Légitime *in corporibus.* D'ailleurs si on laissait au testateur le pouvoir d'ordonner que les fruits seront imputés dans la Légitime, il faudrait nécessairement le laisser maître de priver de sa Légitime le fils qui se refuserait à cette condition, puisque le fils ne pourrait obtenir sa Légitime que de la manière dont le testateur aurait voulu qu'elle lui fût délivrée; ce qui amènerait inévitablement la conséquence, que le fils se refusant à l'imputation, il n'y aurait point de Légitime pour lui. Mais rien de tout cela n'a lieu, quand le père ne fait qu'ordonner la restitution des fruits. Que le fils alors, content de sa Légitime, répudie le restant, il n'en aura pas moins sa Légitime en corps héréditaires ; car le père n'a fait aucune disposition qui l'en empêche ; et c'est la différence essentielle qu'il y a entre ce cas et le précédent. Ainsi, point d'argument à tirer de l'un de ces cas à l'autre. La loi *Jubemus* ne doit pas être étendue au-delà de ses termes : elle ne prohibe que l'imputation ; elle ne prohibe pas la restitution ; la restitution peut donc être ordonnée.

» *Cinquième objection.* Permettre au père d'ordonner la restitution des fruits, c'est ouvrir la porte aux moyens de frauder et d'éluder la loi qui défend de grever ou de diminuer la Légitime.

» *Réponse.* La loi permet au père qui a laissé la Légitime à son fils, de disposer du restant de ses biens en faveur de qui il lui plaît, et même de le jeter à la mer, *in mare projicere.* Et c'est une maxime constante que *non dicitur facere fraudem qui actum facit quem licebat sibi facere sine fraude.* Comment donc le père, dans l'espèce dont il s'agit, pourrait-il être accusé de fraude? Il exerce le droit que la loi lui laisse; il ne la fraude, il ne l'élude donc pas.

Source : BIU Cujas

» *Sixième objection.* C'est jouer sur les mots que de ne pas étendre à la restitution des fruits la défense qui est faite par la loi *Jubemus*, d'en ordonner l'imputation. Car il peut arriver que le fils, au moment où s'ouvre le fidéicommis, ait consumé tous les fruits qu'il aura perçus; et alors quelle différence y aura-t-il pour lui entre la restitution et l'imputation? Bien évidemment l'obligation de restituer emportera pour lui celle d'imputer.

» *Réponse.* Si ce cas arrive, il ne s'ensuivra pas pour cela qu'alors même les fruits consument la Légitime, *non est certum quòd fructus possint extinguere Legitimam;* et la consumassent-ils de fait, ce ne serait pas du moins par l'effet de la disposition du testateur; car ce n'est point à cette fin que le testateur a ordonné la restitution des fruits: *et ubi etiam id esset certum, non tamen fructuum restitutio est ordinata ad diminutionem Legitimæ; et ideò non est attendenda.* Du reste, le fils ne peut s'en prendre qu'à lui-même du dommage qu'il éprouve; car il pouvait, en se tenant à sa Légitime, répudier tous les autres biens que son père lui avait laissés à la charge de restituer les fruits: *Ultra quòd id damnum filius debet sibi imputare, cùm posset, acceptatâ legitimâ, residuum respuere, voluit omnia capere;* et tout le monde connaît la règle de droit, *damnum quod quis suâ culpâ sentit, non videtur sentire.*

» *Septième objection.* Le docteur Céphalus, dans son conseil 777, et le docteur Menochius de Rimini, dans son conseil 510, soutiennent que le père ne peut pas ordonner la restitution des fruits.

» *Réponse.* Ces deux docteurs ne le soutiennent ainsi que pour le cas où le testateur a commencé par fidéicommisser même la Légitime de son fils; et sur cette hypothèse même, ils sont contredits par une foule d'autres jurisconsultes (dont Surdus présente la longue nomenclature). Mais toute autorité à part, reste la règle générale établie par la loi *in fideicommissariâ*, que le testateur peut fidéicommisser les fruits comme les fonds, et que cette règle n'est pas corrigée par la loi *Jubemus* pour ce qui concerne les fruits des biens libres. Enfin, quand notre opinion ne serait fondée sur aucune loi expresse, il suffirait, pour la faire triompher, qu'aucune loi expresse ne la condamnât, surtout d'après cette raison sans réplique, que le père peut disposer à son gré de tout ce qui excède la Légitime.

» D'après ces raisons, dit Surdus, le sénat de Mantoue a répondu au souverain que la disposition testamentaire dont il s'agissait, était valable et devait avoir son exécution. *Senatus retulit serenissimo domino Duci sustineri dispositionem dicti testatoris et exequendam esse.*

» A cette décision qui est assurément bien précise, se joint encore l'autorité d'un arrêt du parlement de Dijon, du 17 mai 1670, rendu sur un procès évoqué du parlement de Provence, et par lequel (dit Montvallon, *Traité des Successions*, ch. 7, art. 25), « il fut décidé qu'un père peut charger de fidéicommis un enfant au premier degré en ses biens propres, en lui donnant l'équivalent; et conséquemment que les enfans du premier degré peuvent être chargés de restituer les fruits qu'ils perçoivent dans la succession de leur père, sur l'excédant de leur quarte légitime et trébellianique; en sorte que les enfans qui ont joui de ces fruits, les imputent sur leur quarte au profit du fidéicommis ».

» Montvallon ajoute, d'après Boniface, tome 5, pag. 341, que « cet arrêt fut suivi d'un autre de 1674 », par lequel le parlement de Provence jugea absolument de même.

» Le président de Bezieux, liv. 6, ch. 11, §. 8, cite les mêmes arrêts, et dit: « la raison de cette jurisprudence est très sensible. Il est libre au père de disposer de ses biens, ainsi qu'aux autres particuliers, aux conditions qu'il lui plaît d'imposer à sa disposition; et pourvu qu'il laisse à ses enfans les quartes en fonds et en fruits, il peut charger de fidéicommis l'excédant, et les soumettre à rendre compte des fruits dont ils profitent au-delà de ce que la loi leur accorde pour leurs droits, ainsi que pourrait faire un étranger envers celui à qui il laisserait ses biens sous cette condition ».

» Il n'est donc pas douteux que, par son testament du 6 octobre 1758, Jean-Baptiste Dumuy n'ait valablement imposé à son fils Tancrède la charge de rendre les fruits qu'il percevrait sur ses biens libres avant l'ouverture du fidéicommis dont il le grevait; et par une conséquence nécessaire, il n'est pas douteux que le deuxième moyen de cassation employé par le demandeur contre la disposition de l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui l'a jugé ainsi, ne doive être rejeté.

» Mais cette même disposition ne viole-t-elle pas les lois qui dispensent de toute restitution de fruits le possesseur qui les a perçus de bonne foi? C'est la question que vous présente le troisième moyen de cassation du demandeur.

» Pour établir l'affirmative, on vous dit que par les arrêts de 1761, 1762 et 1763, qui ont successivement déclaré nulles toutes les substitutions fondées par le testament de Jean-Baptiste Dumuy, Tancrède Dumuy a été constitué en bonne foi relativement aux fruits des biens qui étaient déclarés libres dans sa personne; que dès-là, Tancrède Dumuy a perçu irrévocablement ces fruits pour son propre compte; et que telle est la décision expresse de la loi 48, D. *de acquirendo rerum dominio*, de la loi 1, §. 1, C. *de petitione hereditatis*, et de l'art. 94 de l'ordonnance de 1539.

» Le défendeur répond d'abord qu'il ne peut pas y avoir de bonne foi, là où il y a erreur de droit. — Mais cette assertion générale, vraie en certains cas, cesse de l'être quand il s'agit de la restitution des fruits d'une hérédité. La loi 25, §. 6, D. *de petitione hereditatis*, décide nettement que celui qui, par erreur de droit, a joui paisiblement, comme

Source : BIU Cujas

héritier, d'une succession de laquelle il était exclu, soit par un héritier testamentaire, soit par un parent plus proche, n'en peut pas être réputé possesseur de mauvaise foi : *Scire ad se non pertinere utrùm is tantummodò videtur qui factum scit, an et is qui injure erravit : putaverit enim rectè factum testamentum, cùm inutile erat, vel cùm eum alius præcederet agnatus, sibi potiùs deferri? Et non puto hunc esse prædonem qui dolo caret, quamvis in jure erret.*

» Le défendeur répond ensuite, avec la cour d'appel, que les lois invoquées à l'appui du troisième moyen de cassation, n'ont pour objet que les fruits considérés comme accessoires de la chose possédée de bonne foi, que les fruits qui tombent dans le domaine du propriétaire de la chose, que les fruits qui s'acquièrent par un droit que les lois romaines et le Code Napoléon qualifient expressément de *droit d'accession ;* et comme le dit en toutes lettres l'art. 94 de l'ordonnance de 1539, que des *fruits des biens revendiqués ;* mais que ces lois sont inapplicables à des fruits grevés de substitution fidéicommissaire, à des fruits qui, par l'effet de la substitution fidéicommissaire dont ils ont été grevés, sont devenus un *capital restituable ;* et cette réponse nous paraît satisfaisante.

» Mais il y en a une autre qui l'est peut-être encore davantage : c'est qu'on ne peut pas regarder les arrêts de 1761, 1762 et 1763 comme des titres qui aient véritablement constitué Tancrède Dumuy en bonne foi. Celui-là, en effet, n'est pas réputé possesseur de bonne foi, qui ne jouit qu'en vertu d'un titre qu'il sait ou doit savoir être exposé à rescision. Et de là vient que les fruits perçus pendant la possession provisoire qui a été accordée sur l'appel d'un jugement de première instance réformé depuis ; de là vient que les fruits perçus pendant la possession fondée sur un arrêt qui depuis a été ou cassé ou rétracté par requête civile, ne sont pas moins sujets à restitution que s'ils avaient été perçus après une demande judiciaire et avant toute espèce de jugement. — Or, Tancrède Dumuy pouvait-il ignorer que les arrêts rendus sur ses poursuites en 1761, 1762 et 1763, étaient exposés à rescision? Pouvait-il ignorer que les appelés aux substitutions fondées par son père, auraient le droit, à l'ouverture de ces substitutions, de réclamer contre ces arrêts et de les faire rétracter?

» Pour quatrième moyen, le demandeur expose que par l'arrêt du parlement de Paris, du 21 mai 1787, le sieur Félix d'Ollières n'a été envoyé en possession des substitutions portées au testament de Jean-Baptiste Dumuy, qu'*avec restitution des fruits, à compter du jour de la demande en ouverture, conformément à l'ordonnance ;* que par-là, il a été décidé souverainement que les fruits des biens fidéicommissés par Jean-Baptiste Dumuy, n'étaient dus aux appelés qu'à compter du jour de la demande en ouverture des substitutions ; que conséquemment la cour d'appel n'a pas pu, sans attenter à l'autorité de la chose jugée, condamner la dame de Bosroger à restituer les fruits qui avaient été perçus et par Tancrède Dumuy avant sa mort et par elle-même avant la demande en ouverture ; et que cette conséquence devient encore bien plus palpable, qu'elle acquiert même une force irrésistible, quand on considère, d'une part, que le sieur Félix d'Ollières avait, comme tuteur des appelés, expressément conclu à la restitution des fruits substitués par le testament de Jean-Baptiste Dumuy ; que, de l'autre, l'arrêt du 21 mai 1787 rejette ce chef de demande, par le *hors de cour* qui termine son prononcé.

» Ce moyen, comme vous le voyez, MM., présente deux questions à examiner : l'une, sur l'objet et le sens de la disposition de l'arrêt du 21 mai 1787, qui condamne la dame de Bosroger à la *restitution des fruits, à compter du jour de la demande en ouverture ;* l'autre, sur le rapport qu'il y a entre le *hors de cour* qui termine le même arrêt, et les conclusions que le sieur Félix d'Ollières avait prises relativement aux fruits.

» Sur le premier point, il est un principe bien simple qui doit nous servir de boussole : c'est que dans un jugement, comme dans une loi, comme dans un contrat, on doit toujours donner aux différentes dispositions qui y sont renfermées, l'interprétation la plus propre à les mettre en harmonie les unes avec les autres ; c'est qu'on ne doit jamais supposer qu'un jugement se contrarie lui-même, comme on ne doit jamais supposer qu'il y ait des antinomies dans une loi, comme on ne doit jamais supposer que, dans un contrat, les parties aient voulu détruire par une clause subséquente ce qu'elles avaient stipulé par une clause antérieure.

» Or, dans l'arrêt du 21 mai 1787, la disposition qui condamne la dame de Bosroger à la *restitution des fruits, à compter du jour de la demande en ouverture*, est précédée par une autre qui *ordonne que le testament de* 1758 *sera exécuté selon sa forme et teneur, et en conséquence, envoie Louis d'Ollières et son fils en possession des substitutions portées par icelui ;* et il n'est pas difficile de sentir que le testament de 1758 ne serait pas exécuté selon sa forme et teneur, que Louis d'Ollières et son fils ne jouiraient pas de l'entier effet des substitutions qui y sont créées, si la condamnation relative aux fruits pouvait être entendue dans le sens que le demandeur prétend lui donner.

» Le testament de 1758 substitue, pour le cas où Tancrède ne l'accepterait pas, deux choses très distinctes : tous les biens qui excèderont sa Légitime, et tous les fruits que ces biens produiront pendant sa vie. — Qu'arriverait-il si le substitué ne devait jouir des fruits qu'à compter de la demande en ouverture? Bien évidemment il ne recueillerait pas l'effet de la substitution des fruits ; il ne recueillerait que l'effet de la substitution des fonds. Et cependant l'arrêt l'*envoie en possession*

Source : BIU Cujas

des substitutions *portées par le testament ;* ce n'est donc pas d'une seule substitution, c'est au contraire de toutes les substitutions, c'est par conséquent de celle des fruits comme de celle des fonds, que l'arrêt lui adjuge l'avantage. — D'ailleurs quelle restriction l'arrêt met-il à l'exécution du testament qui crée ces substitutions ? Aucune : *le testament*, porte-t-il, *sera exécuté selon sa forme et teneur.* Il faut donc que le testament soit exécuté, même pour la substitution des fruits. Il est donc impossible d'appliquer aux fruits perçus pendant la vie du grevé, la disposition de l'arrêt qui n'ordonne la restitution des fruits qu'à compter du jour de la demande en ouverture.

» Mais ce qui achève de lever tous les doutes, c'est la manière dont l'arrêt lui-même motive la condamnation à restituer les fruits à compter du jour de la demande en ouverture ; ce n'est pas sur le testament qu'il motive cette condamnation ; il ne la motive que sur la loi : *conformément*, dit-il, *à l'ordonnance.* Et par-là, il fait clairement entendre que les fruits dont il parle, sont ceux dont la loi veut que le substitué jouisse après l'ouverture de la substitution. Or, ces fruits, quels sont-ils ? Ce sont ceux des objets fidéicommissés : ce sont par conséquent, dans notre espèce, et les fruits de toute nature que les fonds ont produits depuis la demande en délivrance, et les fruits (non pas naturels, mais civils, ou, ce qui est la même chose, les intérêts) qu'ont dû produire les fruits capitalisés par le testament et frappés comme tels de fidéicommis. — L'arrêt du 21 mai 1787 ne détruit donc pas, par la clause de laquelle argumente le demandeur, la substitution que fait le testament des fruits à percevoir par le grevé ; et bien loin de là, il y fait l'addition commandée par la loi ; il ajoute qu'avec ces fruits seront restitués ceux qu'ils ont dû produire depuis la demande en ouverture.

» Mais, dit le demandeur, et c'est le second point que nous avons à examiner, le sieur Félix d'Ollières avait conclu expressément à la restitution des fruits depuis la mort du testateur Jean-Baptiste Dumuy ; et l'arrêt a mis sur cette demande les parties hors de cour. L'arrêt ne peut donc pas avoir, dans la clause relative à l'époque de la restitution des fruits, le sens que lui a donné la cour d'appel de Paris.

» Ce raisonnement serait sans réplique, si la majeure en était vraie, si le sieur Félix d'Ollières avait réellement pris, avant l'arrêt du 21 mai 1787, les conclusions qu'on lui prête. Mais ces conclusions où sont-elles ? L'arrêt n'en fait aucune mention ; et il est bien constant que le *hors de cour* prononcé par l'arrêt, ne peut s'appliquer qu'aux conclusions relatées dans son *vu.*

» Oh ! mais, dit-on, le sieur Félix d'Ollières demandait le remplacement de la terre Dumuy : or, ce remplacement, le testateur l'avait fait consister en deux choses : la substitution des biens qu'il avait laissés libres dans le cas où Tancrède eût accepté le testament, et la substitution des fruits à percevoir pendant la vie du grevé ; le sieur Félix d'Ollières demandait donc la restitution des fruits perçus pendant la vie du grevé, par cela seul qu'il demandait le remplacement de la terre Dumuy ; l'arrêt du 21 mai 1787 l'a donc mis hors de cour sur sa demande en restitution des fruits perçus pendant la vie du grevé.

» Il en est de ce raisonnement comme du précédent : comme le précédent, il est sans réplique, si la majeure en est vraie ; mais, comme dans le précédent, la majeure ne repose sur rien. Les conclusions du sieur Félix d'Ollières visées par l'arrêt, ne portent ni directement ni indirectement sur le remplacement de la terre Dumuy ; et il y a plus : dans le système que soutenait le sieur Félix d'Ollières, il était bien impossible qu'elles portassent sur cet objet. — Le sieur Félix d'Ollières, loin de conclure au remplacement de la terre Dumuy, demandait au contraire que la terre Dumuy fût déclarée valablement substituée par le testament de 1758 ; il soutenait, et mal à propos sans doute, mais enfin il soutenait que le testateur Jean-Baptiste Dumuy n'avait pas eu besoin du consentement de son fils Tancrède, pour substituer la terre Dumuy ; et comme dans cette hypothèse, il ne pouvait pas y avoir de substitution pour les fruits perçus par Tancrède, puisque les fruits perçus par Tancrède ne devaient être substitués que dans le cas où la terre Dumuy ne le serait point, le sieur Félix d'Ollières se bornait à demander la restitution des fruits perçus par la dame de Bosroger à compter du jour de son action en ouverture. — La contestation en cet état, qu'a fait le parlement de Paris ? Il a débouté le sieur Félix d'Ollières de sa demande en ouverture de la prétendue substitution de la terre Dumuy ; mais, en même temps, il a ordonné d'office le remplacement auquel le sieur Félix d'Ollières n'avait pas conclu : *et à la place de cette terre*, a-t-il dit, *envoie le sieur d'Ollières en possession, aux termes du testament, du surplus des biens libres, déduction faite des Légitimes de droit, au profit de qui il appartiendra.*

» Mais du moins, objecte-t-on encore, l'arrêt ne donne, en remplacement de la terre Dumuy, que le *surplus des biens libres ;* il ne donne pas les fruits que ces biens ont produits pendant la vie de Tancrède ; et en ne les donnant pas, il les refuse : *quod non judico, abjudico.*

» Pour admettre cette conséquence, il faut supposer qu'il n'y a dans l'arrêt aucune autre disposition qui soit applicable aux fruits perçus pendant la vie de Tancrède ; et il s'en faut beaucoup que cette supposition soit exacte. — 1° L'arrêt envoie le sieur d'Ollières en possession du surplus des biens libres *aux termes du testament ;* or, le testament, ne substitue pas seulement ces biens, il en substitue encore les fruits. Il faut donc nécessairement, ou reconnaître que le sieur d'Ollières est envoyé en possession des fruits en même temps que

Source : BIU Cujas

des biens ; ou soutenir que l'arrêt se contredit lui-même, ce qui n'entrera sûrement dans l'idée de personne. — 2° Avant de parler du remplacement de la terre Dumuy, l'arrêt avait ordonné l'exécution du testament *selon sa forme et teneur*, il avait envoyé le sieur d'Ollières en possession *des substitutions portées par icelui ;* il avait donc déjà jugé que les fruits perçus par Tancrède, devaient être restitués au sieur d'Ollières ; et vouloir qu'il ait, ensuite et quelques lignes après, jugé le contraire par son silence sur ces fruits, c'est une prétention d'autant moins raisonnable, que, dans cette dernière partie, l'arrêt a lui-même suppléé à son silence sur les fruits, par les mots *aux termes du testament.*

» Mais après tout, de quoi s'agit-il, MM., devant vous ? De savoir si l'interprétation donnée par la cour d'appel de Paris à l'arrêt du 21 mai 1787, est à l'abri de toute critique, de toute objection tant soit peu plausible? non. Il ne s'agit que de savoir si la cour d'appel de Paris a détruit cet arrêt, et il est évident que pour peu que cet arrêt puisse se prêter au sens dans lequel elle l'a entendu, on ne peut pas l'accuser de l'avoir détruit : il est évident, par une conséquence nécessaire, que le moyen de cassation tiré de la prétendue violation de l'art. 1er du tit. 35 de l'ordonnance de 1667, doit être rejeté.

» Reste le cinquième moyen, celui que l'on fonde sur les art. 5 et 40 du tit. 1er de l'ordonnance des substitutions de 1747. — L'art. 5, dit-on, a été violé en ce que nonobstant la défense qu'il fait de substituer des meubles, la cour d'appel de Paris a jugé valable une substitution qui frappait sur des fruits, en tant qu'ils seraient perçus et conséquemment mobilisés : l'art. 40 l'a été également en ce que la cour d'appel de Paris a fait remonter au-delà du jour de la demande en ouverture, une restitution de fruits que cet article n'ordonne qu'à compter du jour de cette demande.

» Contre l'une et l'autre branche de ce moyen, il s'élève d'abord une réponse générale : c'est que l'ordonnance de 1747 n'a jamais été enregistrée au parlement de Provence. Montvallon, qui était membre de ce parlement, l'atteste de la manière la plus précise dans son *Traité des successions*, t. 2, p. 490 : et son témoignage est encore fortifié par celui de Latouloubre, qui était substitut du procureur général de la même cour, dans son Recueil intitulé *Actes de notoriété donnés par MM. les avocats et procureurs généraux au parlement de Provence*, p. 85 de l'édit. de 1772.

» A un fait aussi constant, aussi notoire, qu'oppose-t-on de la part du sieur de Bosroger? trois choses : l'assertion de Sallé dans son commentaire sur l'ordonnance de 1747 ; les arrêts du parlement de Paris, des 21 mai 1787 et 20 février 1789 ; et le fait que parmi les biens substitués par Jean-Baptiste Dumuy, se trouvait une partie des biens composant le ci-devant comté de Grignan, situé dans la ci-devant province de Dauphiné, où l'ordonnance de 1747 avait reçu le sceau de l'enregistrement.

» Mais 1° l'assertion de Sallé, avocat *de Paris*, qui annonce vaguement que l'ordonnance de 1747 a été enregistrée au parlement de Provence en 1748, sans désigner ni le mois ni le jour de ce prétendu enregistrement, ne peut pas prévaloir sur l'assertion contraire et positive de deux magistrats provençaux. — 2° Ni l'arrêt du parlement de Paris du 21 mai 1787 ni celui de la même cour du 20 février 1789 ne jugent de manière à lier irrévocablement les parties sur ce point, que l'ordonnance de 1747 fait indéfiniment loi dans la ci-devant Provence ; ils ne font que la citer sur des objets à l'égard desquels elle est d'accord avec les usages provençaux ; et il serait absurde d'en conclure que sur des objets étrangers à ceux pour lesquels ils la citent, cette ordonnance ait par-là acquis entre les parties le caractère de loi proprement dite. — 3° Quant au ci-devant comté de Grignan, il est vrai qu'il faisait partie de la province de Dauphiné. Mais il est vrai aussi, et la preuve en est au procès, que par des lettres-patentes de 1558, ce ci-devant comté avait été distrait du ressort du parlement de Grenoble et uni à celui du parlement d'Aix.

» Et après tout, quand même l'ordonnance de 1747 ferait loi dans la ci-devant Provence, le demandeur ne serait pas encore fondé à en invoquer ici les deux articles qu'il prétend avoir été violés par la cour d'appel de Paris.

» D'une part, en effet, si l'art. 5 du tit. 1er de cette ordonnance prohibe les substitutions particulières de meubles et d'effets mobiliers, l'art. 4 du même titre permet expressément de comprendre les meubles et effets mobiliers dans les substitutions à titre universel. Or, ce n'est pas d'une substitution particulière qu'il s'agit dans notre espèce : la substitution créée par le testament de 1758, pour le cas où Tancrède Dumuy n'accepterait pas ce testament, embrasse tous les biens du testateur, sans en excepter rien autre chose que la Légitime du grevé ; c'est par conséquent une substitution à titre universel ; et par conséquent encore cette substitution aurait pu, même dans le ressort du parlement de Paris, comprendre les fruits à percevoir par Tancrède Dumuy.

» D'un autre côté, nous avons déjà vu que la disposition de l'art. 40 du tit. 1er de l'ordonnance de 1747 n'est relative qu'aux fruits dont la restitution n'a pas été commandée par l'auteur du fidéicommis, qu'aux fruits dus, non *ex voluntate testatoris*, mais *propter moram gravati ;* et qu'elle n'est susceptible d'aucune application aux fruits que le substituant a expressément convertis en capitaux, et qu'il a fidéicommissés en les capitalisant.

» Mais n'est-il pas un point de vue sous lequel cette disposition, si elle faisait loi dans la ci-devant Provence, pourrait paraître violée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris? Ou pour nous expliquer plus clairement, n'est-il pas un point de vue sous lequel, si cette disposition était puisée dans le droit romain

Source : BIU Cujas

qui a fait loi dans la ci-devant Provence jusqu'à la promulgation du Code Napoléon, l'arrêt de la cour d'appel de Paris devrait être cassé, sinon, comme contraire à cette disposition, du moins comme contraire au droit romain?

» Supposons pour un moment qu'en effet le droit romain ait servi de modèle à cette disposition de l'ordonnance de 1747: supposons que par le droit romain comme par l'ordonnance de 1747, le substitué n'ait droit aux fruits échus après l'ouverture de la substitution, que du jour de sa demande en délivrance. Dans cette hypothèse, la cour d'appel de Paris n'aura-t-elle pas violé les lois romaines, non pas, à la vérité, en condamnant la dame de Bosroger à restituer tous les fruits échus dans l'intervalle de la mort du substituant à celle du grevé, c'est-à-dire, depuis 1759 jusqu'en 1778; mais en la condamnant à restituer tous les fruits échus dans l'intervalle de la mort du grevé à la demande en ouverture, c'est-à-dire, depuis 1778 jusqu'en 1786?

» Cette question est ici d'une grande importance, et cependant le demandeur ne l'a point agitée dans les mémoires qui sont sous vos yeux. Mais nous l'avons élevée d'office devant la section des requêtes, et nous l'avons discutée devant elle, dans l'opinion, bien reconnue aujourd'hui pour erronée, que l'ordonnance de 1747 avait été enregistrée au parlement de Provence.

» *Sans doute* (avons-nous dit), *l'art. 4o du titre premier de l'ordonnance de 1747 n'est pas violé par l'arrêt de la cour d'appel de Paris, en tant que cet arrêt adjuge au général Dumuy tous les fruits des biens substitués qui ont couru depuis la mort du testateur Jean-Baptiste Dumuy, jusqu'à la mort du grevé. Mais il est violé, et il l'est ouvertement, en ce que, par cet arrêt, le général Dumuy obtient les fruits qui ont été perçus par l'héritière du grevé depuis l'année 1778, date de l'ouverture de la substitution, jusqu'en 1786, époque de la demande en délivrance. — Les fruits qui avaient été perçus pendant la vie du grevé, étaient frappés de substitution, comme les biens dont ils provenaient. Ils formaient, comme et avec ces biens, un capital qui devait, à la mort du grevé, être restitué au général Dumuy et à son frère; et voilà pourquoi ils ont dû être adjugés, comme ils l'ont été en effet, au général Dumuy et à son frère par l'arrêt de la cour d'appel de Paris. — Mais à compter du jour de la mort du grevé, à compter du jour où la substitution a été ouverte, et jusqu'au jour de la demande en délivrance de la substitution, les biens fidéicommissés ont cessé de produire des fruits du profit de la substitution elle-même: le testateur n'avait fidéicommissé que les fruits qui seraient perçus pendant la vie du grevé; il n'avait pas fidéicommissé ceux qui seraient perçus après sa mort; et il était bien inutile qu'il les fidéicommissât, puisque les fidéicommissaires pouvaient les obtenir sur-le-champ, par une demande en délivrance du fidéicommis. — Les fruits perçus dans l'intervalle de la mort du grevé à la demande en délivrance, n'étaient donc dus au général Dumuy, ni en vertu du testament ni en vertu de la loi. — Et non seulement la loi ne les lui accordait pas, mais elle les lui refusait expressément. L'art. 4o du titre premier de l'ordonnance de 1747 est là dessus très formel.*

» Tel a été le motif, le seul motif, qui, devant la section des requêtes, nous a portés à conclure à l'admission du recours du demandeur.

» Mais aujourd'hui qu'il est bien démontré que l'ordonnance de 1747 n'a pas été enregistrée au parlement de Provence, la question change de face; et nous avons à examiner si, en matière de restitution de fruits, les lois romaines sont tellement en harmonie avec cette ordonnance, que le moyen de cassation qui, devant la section des requêtes, nous paraissait sortir de celle-ci, puisse encore être soutenu d'après celles-là.

» Si nous devions juger des dispositions du droit romain sur cette matière, par la jurisprudence du parlement d'Aix, il n'y aurait nul doute que, sur cette matière, les dispositions du droit romain ne fussent parfaitement conformes à l'art. 4o du titre premier de l'ordonnance de 1747. Car, dit Montvallon, ch. 7, art. 49, » l'ordonnance de 1747, en tant qu'elle n'accorde les fruits au substitué que depuis la demande, a suivi notre usage qui ne se dispute plus au palais ».

» Mais s'il y a dans le droit romain des dispositions qui justifient cette jurisprudence, il y en a aussi d'autres qui paraissent la contrarier; et en général, on peut dire qu'il n'y a guère question plus controversée dans le droit romain, que celle de savoir si le substitué et le légataire ont droit aux fruits à compter du jour de l'échéance, soit du fidéicommis, soit du legs, ou s'ils n'y ont droit qu'à compter du jour de la demande en délivrance.

» Entre les diverses lois que l'on cite en faveur de l'une et de l'autre opinion, en voici une qui adopte formellement celle qui fait courir les fruits au profit du substitué du jour de l'échéance du fidéicommis: *Herennius Modestinus respondit, fructus, qui, post acquisitum ex causâ fideicommissi dominium, ex terrâ percipiuntur, ad* FIDEICOMMISSARIUM PERTINERE, *licet major pars anni, ante diem fideicommissi cedentem, præteriisse dicatur*: ce sont les termes de la loi 42, D. *de usuris et fructibus*. Et Cujas sur cette loi (t. 1, pag. 1761), remarque fort bien que sa disposition a lieu, encore qu'après le moment où le substitué est devenu propriétaire par l'ouverture du fidéicommis, le grevé n'ait pas été constitué en demeure: *ante acquisitum dominium ex causâ legati vel fideicommissi, docui fructus nunquàm...,* NISI POST MORAM, *ad fideicommissarium pertinere. At ex* TEMPORE ACQUISITI DOMINII, *fructus qui ex fundo acquisito percipiuntur, quisquis eos percipiat, ad fideicommissarium pertinere.* — Peregrini enseigne la même chose, dans son traité *de fideicommissis*, art. 49, n. 88 et 89: *ubi rerum dominium*, dit-il, *translatum fuit in fideicommissarium, ex tunc fructus et utilitates omnes ex re*

Source : BIU Cujas

provenientes , pertinent ad fideicommissarium , quia dominus est...., ETIAM QUÒD NEGLIGENS FUISSET IN PETENDO RESTITUTIONEM.

» Pesons biens ces derniers termes, *etiam quòd negligens fuisset in petendo restitutionem*. Il en résulte très clairement que, dans le langage des lois romaines et de leurs interprètes, il y a pour le substitué une très grande différence entre acquérir la propriété des biens fidéicommissés et obtenir la délivrance du fidéicommis. Et en effet, les lois romaines décidaient nettement deux choses : la première, que la propriété des choses légués ou fidéicommissées passait de plein droit sur la tête du légataire ou fidéicommissaire, du moment où il avait accepté son legs ou fidéicommis, quoique d'ailleurs il ne pût acquérir la possession que par la délivrance que lui en faisait l'héritier; la seconde, que l'acceptation du legs ou du fidéicommis rétroagissait, quant à l'acquisition de la propriété, jusqu'au jour de l'ouverture, soit du fidéicommis, soit du legs. C'est ce qu'établissent plusieurs textes que Thevenot-Dessaules passe en revue dans son *Traité des substitutions fidéicommissaires*, et desquels il tire, ch. 36 et 37, la conclusion suivante : « quoique le substitué ne devienne propriétaire que par l'acceptation, il est censé, quand il accepte, avoir été propréitaire du jour de *l'ouverture* du fidéicommis. L'acceptation a un effet rétroactif jusqu'à cette époque de l'ouverture; de manière que le grevé est réputé n'avoir eu, depuis l'ouverture, aucune proprieté. La propriété que le grevé a eue depuis l'ouverture jusqu'à l'acceptation, est résolue *ab initio, ut ex tunc ;* elle est censée n'avoir point existé. Encore que l'appelé acquière la propriété sans délivrance, comme on l'a vu, il n'acquiert pas de même la possession. C'est ce que nous entendons, quand nous disons que le substitué n'est point *saisi de droit*. Il est bien saisi *ipso jure* de la propriété, mais non pas de la possession ». — Ainsi, il est clair que quand la loi 42, D. *de usuris et fructibus*, dit que les fruits appartiennent au substitué *post acquisitum ex causâ fideicommissi dominium*, elle est censée dire qu'ils lui appartiennent à compter du jour où le fidéicommis a été ouvert; et non seulement elle est censée le dire, mais elle le dit textuellement, puisqu'un peu plus bas elle présente les mots *diem fideicommissi cedentem*, comme synonymes de ceux qu'elle avait d'abord employés, *acquisitum ex causâ fideicommissi dominium*.

» Aussi la loi 40, D. *de acquirendo rerum dominio*, déclare-t-elle formellement que l'héritier grevé du legs d'un fonds, ne fait pas siens les fruits de ce fonds, même comme possesseur de bonne foi, du moment qu'il a connaissance du testament par lequel ce fonds a été légué : *Si quis suum fundum legaverit, heres qui eum legatum esse sciat procul dubio fructus ex eo suos non faciet.*

» Ce n'est pas que nous voulions soutenir que ces lois, toutes décisives qu'elles sont pour l'opinion qui fait gagner les fruits au substitué dès le jour de l'ouverture du fidéicommis, ait dû servir de règle aux pays de droit écrit, de préférence à d'autres lois qui sont invoquées à l'appui de l'opinion contraire : ce n'est pas que nous cherchions à critiquer notamment la jurisprudence provençale, qui, dans ce choc de lois diverses, s'était attachée à celle dont l'ordonnance de 1747 a consacré les décisions. Mais nous disons que, sur une question aussi diversement décidée par les lois romaines, et qui a tant partagé leurs interprètes (*V. Legs*, sect. 4, §. 3, n. 24 et 26), un arrêt ne peut jamais être cassé pour avoir jugé conformément à telle loi plutôt que conformément à telle autre.

» Ce n'est pas tout. Dans notre espèce, la question se présente avec une circonstance tout-à-fait particulière : le testateur Jean-Baptiste Dumuy n'avait pas seulement fidéicommissé les fonds des fruits desquels il s'agit ici : il avait encore fidéicommissé les fruits qui naîtraient de ces fonds pendant la vie du grevé ; et, par-là, il était censé avoir, à plus forte raison, voulu que les fruits qui naîtraient de ces fonds, après la mort du grevé, appartinssent de plein droit au substitué. La loi 18, D. *ad s. c. Trebellianum*, que nous avons déjà citée, d'après Surdus, en contient une disposition expresse. Dans la restitution ou remise du fidéicommis, dit-elle, le grevé n'est pas tenu de comprendre les fruits qu'il a perçus, à moins qu'il n'ait été mis en demeure, ou que les fruits eux-mêmes n'aient été fidéicommissés : *In fideicommissariâ hereditatis restitutione constat non venire fructus, nisi ex morâ facta sit, aut cùm quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere.*

» Et il y en a une raison aussi simple que tranchante : c'est, comme le dit la loi 10, §. 1, D. *de alimentis legatis*, que la nécessité de mettre en demeure l'héritier chargé de rendre a bien lieu pour les fruits et intérêts de la chose fidéicommissée, mais nullement pour la chose fidéicommissée elle-même : *Tunc enim explorari moram oportet, cùm de usuris fideicommissi quæritur, non de ipsis fideicommissis.* — Or, dans notre espèce, ce sont les fruits que le testateur a substitués. Il faut donc que ces fruits soient rendus à l'appelé, soit que le grevé ou son héritier ait été constitué en demeure, soit qu'il ne l'ait pas été.

» Et voilà pourquoi tous les auteurs s'accordent à dire que les fruits sont dus de plein droit, à compter du jour de l'ouverture du legs ou fideicommis, lorsqu'ils ont été légués ou fidéicommissés nommément : « *Ita omnes*, dit Montvallon, ch. 6, art. 27 ; parcequ'alors ces fruits *constituunt certum corpus legatum* ».

» Du reste, qu'on ne vienne pas répéter ici que l'arrêt du parlement de Paris, du 21 mai 1787, décharge implicitement la dame Bosroger de la restitution des fruits qu'elle avait perçus depuis la mort de son père, ou, ce qui est la même chose, depuis l'ouverture de la substitution. Nous avons déjà prouvé que l'arrêt du 21 mai 1787 ne parle que des fruits dont la restitution était due par droit d'accession ; nous avons déjà prouvé qu'il ne peut pas

Source : BIU Cujas

s'entendre des capitaux substitués par le testateur, et cela dit tout.

» C'en est assez, c'en est peut-être beaucoup trop, pour justifier l'arrêt de la cour d'appel de Paris, du 21 germinal an 13: nous estimons qu'il y a lieu de rejeter le recours du demandeur, et de le condamner à l'amende ».

Par arrêt contradictoire, du 9 novembre 1807, rendu sur délibéré, au rapport de M. Zangiacomi, « considérant que, par son testament de 1758, Jean-Baptiste Dumuy veut que son fils Tancrède rende au sieur d'Ollières tous les fruits de sa succession, dans le cas où Tancrède ne consentirait pas à la substitution de la terre Dumuy; — Que cette charge de rendre les fruits de la succession est une véritable substitution qui frappe sur ces fruits et les convertit en un capital restituable; — Que quoique le testament de Jean-Baptiste Dumuy ait été annullé par les arrêts de 1761, 1762 et 1763, il a été rétabli par l'arrêt postérieur de 1787; qu'ainsi ce testament doit être considéré comme s'il avait toujours existé, et Tancrède comme n'ayant pu jouir de la succession de son père qu'en vertu de cet acte; d'où il suit qu'il est tenu d'en exécuter les dispositions; — Considérant que Tancrède n'ayant pas consenti à la substitution de la terre Dumuy, l'arrêt attaqué s'est conformé à la lettre du testament, en ordonnant la restitution des fruits que Tancrède et son héritière avaient perçus; — Que si, par cette disposition, l'arrêt attaqué viole l'ordonnance de 1747, le demandeur ne peut s'en plaindre, puisque rien ne justifie que cette ordonnance ait été publiée dans le ressort du parlement d'Aix; — Qu'il ne peut non plus se plaindre, ni de la violation du droit romain sur les substitutions, puisque celles de fruits sont permises aux termes de ce droit; ni de la violation des lois sur la Légitime, puisque l'arrêt attaqué ordonne que la Légitime de Tancrède sera distraite; — ni de la violation des règles sur la possession de bonne foi, puisque ces règles ne dispensent pas de restituer un capital substitué alors même qu'on le dissipe de bonne foi; — ni enfin, de la contravention à l'arrêt de 1787; car cet arrêt ordonnant la remise au sieur d'Ollières de toutes les substitutions portées au testament de Jean-Baptiste Dumuy, la cour d'appel de Paris a pu induire de la généralité de ces expressions que l'arrêt de 1787 ordonne la restitution des fruits dont il s'agit, puisqu'aux termes de ce testament, ils forment le capital d'une substitution; — La cour rejette..... »]]

XIII. On a élevé au parlement de Provence la question de savoir si le légitimaire doit imputer les biens qui étaient substitués en sa faveur dans la personne du défunt; et la négative a été prononcée par arrêt du 28 juin 1675, inséré dans le recueil de Boniface. Cette décision ne peut souffrir la moindre difficulté, d'après la loi *scimus*, qui ordonne de n'imputer que ce qui provient du propre patrimoine du père, *ex ipsâ substantiâ patris*.

Si cependant les biens substitués n'avaient été censés former entre les mains du défunt, qu'un seul et même patrimoine avec ceux qui lui appartenaient, l'imputation aurait lieu d'après la loi même que nous venons de citer. — Voici l'espèce de cette exception. Une femme institue son mari héritier universel, et lui donne le droit d'élire un de ses enfans par testament. Le père les institue tous également; et faisant entre eux la distribution et le partage de sa succession et de celle de sa femme, il ordonne qu'une des filles aura tous les biens maternels: celle-ci veut recueillir tous ces biens et prendre encore une Légitime dans l'hérédité paternelle. Par arrêt du parlement de Toulouse, rapporté dans le recueil de Cambolas, liv. 1, chap. 10, il lui est ordonné de se contenter de son assignat, si mieux elle n'aime se réduire à la Légitime dans les biens maternels comme dans les biens paternels. La raison de ce jugement a été que, par l'institution, tous les enfans étaient appelés également à l'une et à l'autre succession; que le partage de deux hérédités produit une subrogation légale des biens paternels aux biens maternels, et *vice versâ*, lorsqu'il est fait par les cohéritiers entre eux; et que par conséquent il doit avoir le même effet, lorsqu'il est l'ouvrage du testateur même.

XIV. Le legs que fait un mari à sa femme, en cas qu'un de leurs enfans communs vienne à mourir avant elle sans postérité, doit-il être imputé dans la Légitime de la légataire? Il y a dans le recueil de Papon deux arrêts contraires sur cette question; l'un rendu au parlement de Paris, le 12 juillet 1571, pour l'affirmative; l'autre émané du parlement de Bordeaux, le 1 juillet 1593, pour la négative. — Cette dernière opinion est encore appuyée sur un arrêt du parlement de Toulouse, du 15 juin 1577, rapporté par Maynard; et elle paraît très juste dans l'espèce sur laquelle sont intervenues les deux décisions qui l'ont adoptée, c'est-à-dire, dans le cas d'une substitution pupillaire tacite, parcequ'alors le fils est censé disposer par les mains de son père, et que par conséquent on doit regarder le legs que celui-ci a fait à la mère, comme l'effet de la libéralité de celui-là. — Mais dans toute autre circonstance, il faut suivre l'arrêt du parlement de Paris, comme plus favorable à la Légitime et plus conforme à l'esprit de la loi *scimus*.

XV. Les prélegs, c'est-à-dire, les legs par préciput, ne s'imputent jamais: Automne, sur la loi 30, C. *de inofficioso testamento*, dit que la chose a été ainsi jugée au parlement de Bordeaux, le 14 avril 1587; et elle l'a été de même au parlement de Paris, par arrêt du 21 avril 1594, rapporté par Bouchel dans sa *Bibliothèque du Droit français*. — *V.* ce que nous dirons ci-après, art. 2, n. 10, des donations par préciput.

Art. II. *De l'imputation des choses que le légataire a reçues du défunt, de son vivant.*

I. La dot qu'un ascendant a constituée à sa fille ou petite-fille, en la mariant, doit être imputée

Source : BIU Cujas

dans la Légitime qu'il est obligé de lui laisser. La loi 29, C. *de inofficioso testamento*, le décide ainsi formellement: *Cùm pater vel mater profiliâ dotem vel pro filio ante nuptias donationem, vel avus paternus aut maternus, vel avia paterna aut materna pro suâ nepte aut pro suo nepote, vel proavus itidem paternus aut maternus, vel proavia paterna, aut materna pro suâ pronepte vel pro suo pronepote dederit, non tantùm eamdem dotem vel donationem conferri, verùm etiam in quartam partem, ad excludendam inofficioso querelam, tam dotem datam, quàm ante nuptias donationem præfato modo volumus imputari, si ex substantiâ ejus profecta sit de cujus hereditate agitur.* — Du reste, la disposition de cette loi est reçue dans tous les pays.

Mais il faut, pour qu'elle ait lieu, que la dot ait été fournie par celui sur la succession duquel il s'agit de prendre une Légitime; c'est la restriction que la loi y met elle-même : *si ex substantiâ ejus profecta sit de cujus hereditate agitur.* Ainsi, une petite-fille n'est point tenue d'imputer, dans la Légitime que lui doit son aïeul, la dot qui lui a été constituée par son père prédécédé.

Par la même raison, la dot constituée par un père et une mère, pendant qu'ils étaient en communauté, ou par un veuf pendant que la communauté continuait faute d'inventaire, ne doit être imputée que pour la moitié dans la succession de celui des conjoints qui a réduit sa fille à une portion légitimaire: c'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Flandre du 15 juillet 1698, rapporté par Pollet.

Mais la dot qui a été promise et constituée par un beau-père, conjointement avec la mère convolée en secondes nôces, doit être imputée pour le tout dans la succession de celle-ci, parceque le beau-père n'est censé avoir paru au contrat de mariage de sa fille, que pour autoriser sa femme, et qu'il faut, pour régler l'imputation, considérer, non la personne qui a fait la promesse, mais celle qui l'a remplie. La chose a été ainsi jugée par un arrêt du sénat de Chambéry, rendu le 5 juillet 1583, et inséré dans le Code du président Favre. — Si cependant il était prouvé que le beau-père eût réellement fourni la moitié de la dot, l'imputation n'aurait lieu dans la succession de la mère que pour l'autre moitié; c'est la conséquence nécessaire des derniers termes de la loi 29, C. *de inofficioso testamento.*

On convient assez généralement que les petits-enfans sont obligés d'imputer la dot qui a été donnée à leur mère prédécédée, lorsqu'ils viennent par droit de représentation; et il a été jugé aux parlemens de Paris et de Provence, qu'en ce cas la perte ou la dissipation de la dot ne les exempte pas de l'imputation : les arrêts dont nous parlons, sont des 31 avril 1605 et 23 décembre 1655; ils sont rapportés par Louet et Duperrier.

II. Nous avons dit ci-dessus, sect. 5, §. 3, que les filles mariées, même sans dot, n'ont point de Légitime en Normandie; qu'elles n'en ont pas non plus en Bourbonnais, lorsqu'elles sont dotées; mais que leur exclusion dans ces deux coutumes, n'empêche pas qu'elles ne puissent exercer, dans celle où elles ne sont pas exclues, tous les droits de succession ou de Légitime que leur donne la loi de la situation.

De là naît ici une question très épineuse. En voici l'espèce. Un homme a des enfans de l'un et de l'autre sexe; ses biens sont répandus dans les coutumes de Normandie, de Bourbonnais, de Nivernais et de Paris; il marie ses filles, en leur assignant des dots, et ensuite il meurt. Les filles demandent un supplément de Légitime dans la coutume de Nivernais, qui ne les exclut que sous cette réserve, et dans celle de Paris, qui ne les exclut point du tout. Question de savoir si elles seront obligées d'imputer leurs dots, tant sur les biens situés dans la coutume du Bourbonnais, qui n'admet point de supplément, que dans celle de Normandie, où la seule *maritation* est exclusive de tout droit de Légitime et d'hérédité.

Les filles dotées soutiennent qu'elles ne doivent rien imputer, parceque la dot qu'elles ont reçue, leur tient lieu de Légitime pour les biens situés dans les coutumes de Bourbonnais et de Normandie; et subsidiairement elles prétendent que, si on pouvait les obliger à cette imputation, il faudrait au moins répartir la dot sur les biens répandus dans les quatre coutumes.

Ce système tend, comme on le voit, à faire adjuger aux filles une Légitime entière dans les coutumes de Nivernais et de Paris, sans aucune diminution de la dot qu'elles ont reçue, ou au moins à répandre et imputer cette même dot sur tous les biens, pour d'autant moins diminuer leur Légitime dans ces deux coutumes.

On convient assez généralement que le premier chef de ce système est mal fondé, et tout le fort de la question tombe sur le second. Les uns prétendent qu'on ne peut rien imputer de la dot sur la coutume de Normandie; les autres, qu'on doit tout imputer sur cette coutume, hors l'excédant de ce qu'elle permet de donner à la fille mariée; et il y a une troisième opinion, qui est de faire la répartition sur toutes les coutumes indistinctement.

Pour le premier parti, on dit que le père, en dotant sa fille, est présumé vouloir se libérer envers elle et affranchir ses biens de l'obligation dont ils sont chargés à cet égard; que la coutume de Normandie n'exige pas de dotation, mais seulement la *maritation;* qu'ainsi, le père n'a ajouté la dot au mariage que par rapport aux autres coutumes qui en chargent ses biens.

Pour le second parti, on dit que la coutume de Normandie n'a pas défendu au père de doter; qu'elle s'en est rapportée à sa tendresse et à sa prévoyance; qu'ainsi, il n'agit pas contre elle lorsqu'il dote; qu'il ne fait au contraire qu'obéir à ses vues, puisqu'elle exige que la fille soit mariée, et qu'il n'est

Source : BIU Cujas

guère possible de la marier sans la doter ; qu'on doit donc présumer de la part du père qui dote, une intention formelle de corriger la dureté de cette coutume ; et que par conséquent on ne doit imputer la dot que sur les biens situés dans son territoire, à moins que cette dot n'excède le taux de ce qu'elle permet au père de donner à sa fille.

Pour le troisième parti, on dit que la répartition sur toutes les coutumes est plus conforme au vœu des lois ; que toutes veulent le mariage des filles ; que toutes y doivent contribuer quand le père a doté ; que la dot est une espèce de dette, et que par cette raison elle doit se répandre sur toute la fortune du père. On ajoute que ce système est incontestable pour le cas où les filles sont dotées en deniers, parceque l'argent comptant a une certaine aptitude à se répartir sur tous les biens, et à suivre la destination du père, en qui l'on doit toujours présumer le dessein de remplir le vœu de chaque coutume.

Boullenois propose un milieu entre ces différens partis : « Je ne crois pas (dit-il), que l'imputation ne doive jamais se faire sur les coutumes de simple maritation, et je crois le contraire dans le cas où la fille est dotée d'un bien situé dans quelques unes de ces coutumes, parcequ'elles n'excluent pas la dotation, qui est le vœu tacite de la loi, lorsque le père ne peut parvenir à la maritation que par ce moyen ; et ce parti est plus accommodé à la tendresse naturelle. Je ne crois pas non plus que l'imputation doive se faire uniquement sur toutes les coutumes de simple maritation ; c'est, selon moi, porter trop loin la prévoyance du père qui ne s'explique pas, et c'est blesser la réalité des coutumes. — Je ne crois pas encore qu'il faille imputer sur toutes les coutumes généralement quelconques ; les principes de la réalité s'opposent encore à cette imputation. — Mais j'estime que ces questions se décident par la loi qui régit les biens dont le père dote, et par la qualité que la fille prend dans la succession. — Si le père dote en biens régis par une coutume de simple maritation, et que la fille se porte héritière ailleurs ; comme cette coutume n'exclut pas la dotation, la fille doit imputer dans cette coutume tout ce qu'il était permis de lui donner entre-vifs ou par testament, et le surplus, s'il y en a, sur les coutumes qui lui défèrent sa portion héréditaire ; mais audit cas, cette fille ne prendra ni supplément, ni même de Légitime dans les autres coutumes, en étant présumée remplie par sa qualité d'héritière. (*V.* ci-après, art. 4). — Si étant dotée de biens régis par une coutume de simple maritation, elle se porte légitimaire, en ce cas je lui laisse, par droit de rétention dans cette coutume, ce qu'elle a reçu qui n'excède pas sa Légitime ; et je lui donne Légitime ou supplément de Légitime dans les autres, excepté dans celles de simple maritation où elle n'a rien reçu, parceque, quand elle s'y présente, elle y porte sa qualité de mariée. — Que si le père dote en effets régis par des coutumes de non-exclusion, elle n'imputera rien sur les coutumes de simple maritation, par la raison ci-dessus, que la fille étant mariée d'effets non régis par ces coutumes, elle n'a rien à y imputer, puisqu'elle n'en a rien reçu, et n'a rien à y demander, puisqu'elle est mariée. — Il en est de même dans les coutumes qui refusent un supplément. Je donne à la fille Légitime entière, quand elle a été dotée de biens de ces coutumes ; il y a même raison de rétention, le tout néanmoins quand la dot équipolle à la Légitime : autrement, la fille doit se contenter de conserver ce qu'elle a reçu dans ces coutumes, et la Légitime est à fournir dans les autres ».

III. La loi 29, C. *de inofficioso testamento*, soumet aussi à l'imputation les donations en faveur de mariage qui ont été faites aux enfans mâles, et notre jurisprudence s'y est conformée sans difficulté. Les parlemens de Toulouse et de Douai l'ont ainsi jugé : le premier, par arrêts des 6 mai 1626 et 29 août 1628, rapportés par Cambolas ; le second, par un autre du 15 juillet 1698, inséré dans le recueil de Pollet.

Ce dernier arrêt a encore décidé que les petits-enfans doivent imputer la donation en faveur de mariage que l'aïeul a faite au père prédécédé.

Le parlement de Grenoble a également jugé par arrêt du 7 mars 1677, rapporté par Chorier, que « si, après la mort de leur père, les enfans demandent Légitime sur les biens de leur aïeul, ils doivent imputer ce qu'ils ont reçu de l'augment constitué à leur père dans son contrat de mariage, parcequ'il est aussi venu des biens de leur aïeul ».

Il y a encore dans le recueil de Catellan, un arrêt du parlement de Toulouse, du 11 avril 1681, « par lequel les petits-fils, demandeurs en supplément de Légitime sur les biens de leur aïeul qui leur avait fait un legs modique, furent condamnés à imputer la somme de 900 livres que leur aïeul avait donnée à leur père en le mariant, sous la condition de les imputer sur les droits paternels. Cette dernière clause n'entra pas dans les raisons qui déterminèrent les juges à ordonner cette imputation, puisque toute donation faite par le père à ses enfans dans leur contrat de mariage, est toujours faite en avancement d'hoirie, pour être imputée sur leurs droits, quoiqu'il n'y ait point de stipulation expresse pour cette imputation ».

IV. A l'égard des donations ordinaires, elles ne s'imputent, suivant une disposition textuelle de la loi 35, §. 2, C. *de inofficioso*, que lorsqu'elles ont été faites sous cette condition : c'est ce que prouvent clairement ces termes du texte que nous venons de citer : *Quandò pater minùs legitimâ portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis causâ donatione, vel inter vivos sub eâ conditione ut hæc inter vivos donatio in quartam ei computetur.....*

Mais cette disposition doit-elle être observée dans nos mœurs? Cujas, dans sa consultation 24, et Loyseau, dans son *Traité des Offices*, tiennent l'affirmative ; et le président Favre nous a conservé un arrêt du sénat de Chambéry, du 10 avril 1593, qui l'a adoptée formellement. On prétend même que

Source : BIU Cujas

cela a été aussi jugé par un arrêt du parlement de Provence, du 13 mai 1608, rapporté par Duperrier, d'après les mémoires du conseiller de Thoron.

Tous les auteurs français pensent autrement ; mais aucun d'eux ne paraît avoir saisi la véritable raison pour laquelle nous devons nous écarter sur ce point de la décision expresse du droit romain ; la voici. — A l'époque de la promulgation de la loi 35, C. *de inofficioso testamento*, Justinien n'avait pas encore soumis toutes les donations entre vifs au retranchement de la Légitime ; cette charge ne pesait alors que sur les donations inofficieuses *ab initio ;* et par conséquent on ne pouvait régulièrement avoir égard, en déterminant la Légitime, qu'aux biens que le défunt laissait en mourant ; aussi la loi 6, C. *de inofficioso testamento*, en contenait-elle une disposition formelle. — Mais la novelle 92 a établi un nouvel ordre de choses, en ordonnant le retranchement des donations qui préjudicieraient à la Légitime, quoiqu'elles n'eussent pas été faites dans l'intention précise de la frauder. — Depuis l'émanation de cette loi, lorsqu'il s'agit de régler la Légitime d'un enfant, on doit considérer la succession comme réunissant toutes les choses données qui y seraient comprises, si le défunt ne les en avait pas distraites. Cette règle est aujourd'hui sans contradicteurs, et l'art. 34 de l'ordonnance de 1731 l'a consacrée ; car cet article suppose et décide virtuellement que la Légitime doit être prise sur toute la masse des biens trouvés dans la succession, *et eu égard à la totalité des biens compris dans les donations entre-vifs*, soit que ces donations aient été faites à un enfant ou à un étranger, soit qu'elles n'aient eu d'autre cause que la pure libéralité, ou qu'elles aient été motivées par des raisons particulières, comme les dots, les donations rémunératoires ; en un mot, rien n'est excepté. — D'après cela, pourquoi voudrait-on qu'une donation faite à un légitimaire, ne dût pas être considérée pour la fixation de la Légitime ? La loi ne le dit point, et il n'y a aucune raison pour le prétendre. C'est une donation de la même nature que les autres ; le donateur n'a certainement pas eu l'intention de l'affranchir de la contribution à la Légitime ; encore moins a-t-il voulu que, recevant ce bienfait de sa main, on pût se dispenser de lui en tenir compte, l'accuser de n'avoir pas fait ce qu'il devait, et demander une Légitime entière, comme s'il n'avait rien donné. — Il faut donc considérer la chose donnée au légitimaire, comme existant dans la succession, et supposer ensuite qu'il l'en tire en vertu de la volonté du défunt ; ce qui amène nécessairement cette conséquence, que l'imputation ne peut en être éludée par quelque prétexte que ce soit.

Aussi la jurisprudence des tribunaux français est-elle constante et uniforme sur ce point.

Les annotateurs de Lapeyrère, lettre D, n. 81, assurent que le parlement de Bordeaux est dans l'usage d'imputer toutes les donations entre-vifs.

Duperrier atteste la même chose pour le parlement de Provence. « Nous imputons (dit-il), sur la Légitime des enfans toutes les donations qui leur sont faites par les pères et les mères, pour quelque cause et en quelque façon que ce soit, sans aucune exception ». — Il est vrai que l'arrêt de 1608, rapporté ci-dessus, s'est écarté de cette jurisprudence ; mais écoutons ce qu'en dit l'additionnaire de cet auteur : « M. de Thoron remarque que le père avait institué héritier un laquais au préjudice de son fils, et que la haine d'un pareil héritier qui eût profité de l'imputation, fut le principal motif de l'arrêt. Il ajoute, *an benè ?* il aurait pu, sans craindre d'outrer la matière, substituer à ces mots celui-ci, *pessimè* ».

D'Olive rend le même témoignage de la jurisprudence du parlement de Toulouse. « Cette cour, (dit-il), juge le contraire (de la loi 35, §. 2, C. *de inofficioso*), faisant imputer en la Légitime ce que les enfans ont reçu de leur père par donation simple et entre-vifs, soit qu'il l'ait ainsi expressément ordonné, ou qu'il n'en ait point parlé du tout : car, bien que la donation ne soit pas conçue en termes qui puissent induire l'imputation, la cour toutefois, à l'exemple de ce grand Papinien, estime que la pensée du donateur est étendue plus avant que l'écriture, *plus dictum, minùs scriptum* ».

Que cette maxime soit aussi reçue au parlement de Rouen, c'est une vérité dont on ne peut douter à la vue de l'art. 401 de la coutume de Normandie : *Et ne pourront les enfans accepter ledit tiers, si tous ensemble. . . . . ne rapportent toutes donations et autres avantages qu'ils pourraient avoir eus de lui.*

Le parlement de Flandre a fait voir, par un arrêt du 14 février 1775, que ses principes sont les mêmes à cet égard que ceux des autres cours souveraines de France. — La veuve du sieur Boniface avait fait marché pour quarante-cinq rasières de terre : voulant obvier à la multiplicité des reliefs et des formalités occasionnées par les mutations, elle proposa à ses cinq enfans de passer le contrat en leur nom, et d'en payer elle-même le prix ; ce qui fut exécuté. Après sa mort, les enfans d'une de ses petites-filles demandèrent leur Légitime, et prétendirent n'y pas imputer le cinquième du prix de l'acquisition, quoiqu'ils en eussent profité jusqu'à cette concurrence : mais l'arrêt cité, rendu au rapport de M. Malotau, les a condamnés à souffrir cette imputation. — Ils avaient cependant une raison particulière pour s'en excuser. L'avantage que leur aïeule avait fait à leur mère, était commun aux frères et aux sœurs de celle-ci. Or, disaient-ils, pour imputer une donation dans la Légitime, il faut en faire une espèce de rapport ; et comme le rapport n'a été introduit que pour établir l'égalité entre les enfans, il doit cesser dès que tous les enfans sont gratifiés également. — Mais, répondait-on, ce principe n'est pas vrai. Si l'on ne devait imputer ni rapporter que pour conserver l'égalité entre les enfans, le légitimaire ne serait

Source : BIU Cujas

jamais tenu de faire ni l'un ni l'autre, puisqu'il n'est jamais égal aux vrais héritiers.

Cet arrêt juge donc trois points essentiels : 1° que toute donation simple est sujette à l'imputation dans la Légitime : 2° que cette règle n'a pas moins lieu dans le cas d'une libéralité faite à tous les enfans, et à laquelle par conséquent les frères et les sœurs du légitimaire ont eu part comme lui, que dans le cas où il aurait été seul avantagé : 3° que les petits-enfans demandant une Légitime dans la succession de leur aïeul, sont obligés d'imputer les donations faites à leur père prédécédé.

V. Ce dernier point est sans difficulté, lorsque les petits-enfans sont héritiers de leur père. « Cette qualité (dit Catellan), qui fait qu'ils représentent leur père, les oblige à l'imputation ; et si on les en dispensait, ils se trouveraient prendre double Légitime sur les biens de cet aïeul ; l'une par les mains du père auquel ils succèdent, et l'autre par leurs mains ».

Mais la question est plus douteuse à l'égard des petits-enfans qui ont répudié l'hérédité de leur père.

Fernand et Lebrun soutiennent qu'ils ne doivent pas imputer ce qui a été donné à celui-ci par l'aïeul ; et leur opinion peut être appuyée d'un arrêt du 15 août 1537, par lequel il a été jugé, suivant Despeisses, que l'imputation de la dot n'a point lieu en ce cas, quoiqu'elle soit de rigueur dans la thèse générale.

La raison sur laquelle on fonde cette opinion, est que les petits-enfans succèdent de leur chef à l'aïeul, ou qu'au moins, s'ils viennent par droit de représentation, cette fiction ne portant que sur le degré, et non sur la personne, ne fait que les rapprocher du défunt, sans que le droit qu'ils ont à ses biens, cesse de leur être propre et personnel.

Mais cette raison n'a qu'une vaine apparence de solidité, et Dumoulin la rejette formellement en son conseil 35. — Il est certain que les petits-enfans ne prennent une Légitime dans la succession de leur aïeul, que par l'effet de la représentation, qui les subroge à tous les droits de leur père. Cela posé, comment pourraient-ils éviter une imputation à laquelle celui-ci n'aurait pas pu se soustraire ? La loi 6, §. 1, D. *de heredibus instituendis*, décide que les petits-fils deviennent, par le prédécès de leur père, de la même condition que lui, relativement à l'aïeul, *ad filii conditionem rediguntur ;* et le bon sens nous dit que le représentant ne peut avoir plus de droit que la personne représentée. — La distinction que l'on fait entre la représentation du degré et celle de la personne, ne peut être ici d'aucun usage, parcequ'il est de toute évidence que les petits-enfans, dans l'espèce proposée, ne représentent pas seulement le degré, mais encore la personne de leur père. En effet, on a vu plus haut, et tout le monde convient qu'ils ne peuvent demander tous ensemble que la Légitime à laquelle aurait pu prétendre l'auteur de leurs jours, s'il n'était pas prédécédé ; et cependant si ce n'était pas sa personne qu'ils représentassent, si ce n'était pas sur ses droits que les leurs dussent se mesurer, ils auraient chacun une Légitime égale à celle de leurs oncles et de leurs tantes. D'ailleurs, l'équité peut-elle souffrir que la condition de ceux-ci soit plus désavantageuse par le prédécès de leur frère, qu'elle ne le serait s'il avait survécu? et puisque dans ce dernier cas, ils seraient fondés à demander l'imputation de la libéralité qui lui a été faite, pourquoi n'auraient-ils pas le même droit dans le premier ?

« Le parlement de Toulouse (dit Maynard), a toujours jugé suivant cette opinion, quand les neveux viennent et se trouvent faire concours avec les oncles ou les tantes ». — C'est ce que Catellan confirme par un arrêt du 24 novembre 1666, dont il retrace ainsi l'espèce : « L'Espinasse ayant laissé quelques enfans, avait institué un petit-fils, dont le père était prédécédé : deux autres petits-fils, qui avaient également perdu le leur, demandaient une Légitime sur les biens de leur aïeul, après avoir répudié l'hérédité de leur père prédécédé : l'héritier institué prétendait qu'ils devaient imputer la somme de 5000 livres. Cette somme avait été baillée en parcelles, en diverses fois, et en différens temps, par l'aïeul au père des demandeurs, qui négociait et habitait séparément de lui ; et il avait été enfin passé une liquidation entre cet aïeul et le père des demandeurs, par laquelle toutes les sommes par lui reçues s'étaient trouvées revenir à la susdite somme de 5000 livres, que le père des demandeurs, pour lui et ses successeurs à l'avenir, avait promis de précompter sur ses droits paternels et maternels ; c'était cette somme dont l'héritier demandait l'imputation, et dont les demandeurs se défendaient pour avoir répudié l'hérédité de leur père qui l'avait reçue ». L'arrêt ordonne l'imputation.

Cette jurisprudence admet pourtant une exception dans le cas où l'aïeul n'a eu qu'un seul fils, et où par ce moyen les petits-enfans n'ont point de concurrens d'une autre souche : c'est la conséquence nécessaire des principes mêmes que nous venons d'établir, puisqu'alors il n'y a point de représentation, et qu'ainsi, les petits-enfans succèdent ou prennent une Légitime de leur propre chef, et par un droit qui leur est personnel. Aussi Maynard limite-t-il expressément la maxime qu'il dit être consacrée par les arrêts du parlement de Toulouse, aux petits-enfans *qui viennent et font concours avec les oncles ou les tantes :* il pouvait ajouter, *et avec d'autres petits-enfans d'une souche différente.*

VI. Le fils est-il obligé d'imputer dans sa Légitime ce qui a été donné à ses enfans par leur aïeul?

L'affirmative ne souffrirait pas le moindre doute, si l'on pouvait argumenter du rapport à l'imputation, et qu'on appliquât à l'une les principes que le droit français a adoptés relativement à l'autre : car les coutumes et les arrêts ont assujetti les

Source : BIU Cujas

enfans à rapporter dans la succession de leur père les donations faites par celui-ci aux petits-enfans. — Mais, 1° c'est un principe constant et fondé sur une loi citée au commencement de ce paragraphe, que tout ce qui est sujet au rapport, ne s'impute pas dans la Légitime. — 2° Nous avons démontré à l'article *Enfant chéri*, que le droit français s'est éloigné de l'esprit des lois romaines, en ordonnant au fils le rapport des donations faites aux petits-fils; et c'est une vérité universellement reconnue, que toute disposition contraire au droit commun doit être restreinte dans ses termes précis : *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias* (Loi 14, D. *de legibus*). — 3° Obliger le fils d'imputer ce que ses enfans ont reçu de son père, ce serait imposer à sa Légitime une charge que la loi rejette; ce serait contrevenir à ces textes si formels, qui ordonnent de laisser cette portion en pleine propriété; ce serait même autoriser un moyen de l'anéantir tout-à-fait; car un aïeul qui voudrait priver son fils de la Légitime, n'aurait qu'à en donner la valeur à ses petits-enfans; par-là il l'obligerait à l'imputation, et conséquemment il lui ôterait, ou du moins il transporterait en d'autres mains ce que la loi assure à la personne même du fils.

On oppose que tout ce qui est donné aux enfans, est censé donné au père. — Mais si cette maxime était vraie dans toute son étendue, il en résulterait que le fils, chargé d'une substitution universelle envers ses enfans, ne pourrait pas en distraire sa Légitime; chose absurde, contraire à tous les principes de la matière et à la jurisprudence de tous les tribunaux. D'ailleurs, quand est-ce que la donation faite au petits-fils, peut être regardée comme vraiment faite au fils? C'est, comme on l'a vu au mot *Enfant chéri*, et comme le prouve la loi 6, D. *de collatione bonorum*, lorsque l'aïeul déclare qu'il donne au nom de son fils, et qu'il s'agit d'une espèce de donation à laquelle ce dernier était obligé comme à une dette réelle, telle qu'est la dot, suivant le droit romain. Dans le concours de ces deux circonstances, le fils est plutôt donataire que ses enfans, et il n'y a point de doute qu'il ne doive imputer : mais dans la thèse générale, il ne doit souffrir aucune imputation de ce que ses enfans ont reçu de leur aïeul : c'est pour ceux-ci une bonne fortune qui ne doit point tourner à son préjudice.

Les arrêts ne paraissent pas avoir varié sur ce point : les trois seuls que nous connaissions, ont confirmé sans difficulté le sentiment que nous venons d'établir. « Il y en a un du 25 février 1669, (dit Lebrun), qui a jugé la chose en termes précis, entre les sieurs de Medavy et de Grancey, d'une part, et dame Eléonore d'Estampes de Valencey, veuve de M. de Mouchy d'Hocquincourt, maréchal de France, et messire Gabriel de Mouchy d'Hocquincourt, d'autre part ». — « On n'impute point (dit Brillon), sur la Légitime de l'enfant, ce qui a été donné à ses enfans, qui sont les petits-enfans du donateur. Le 31 août 1711, arrêt dans la succession de Guy Truchot, en la troisième des enquêtes, au rapport de M. Doublet ». — « Le legs (dit le même auteur), qui est fait par l'aïeul à sa petite-fille pour la marier, n'est point imputable à la Légitime et quarte trébellianique du père, héritier grevé de l'aïeul. Arrêt du parlement d'Aix, du 13 mars 1688 ».

VII. L'argent qu'un père a prêté à son fils, ou un aïeul à son petit-fils, est sujet à l'imputation, parceque c'est la même chose pour le débiteur de payer ce qu'il doit à la succession, ou de le retenir à compte de ce que la succession lui doit. Mais les petits-enfans qui ont renoncé à l'hérédité de leur père, doivent-ils imputer sur la Légitime qu'ils prennent dans la succession de leur aïeul, le prêt que celui-ci a fait à celui-là?

Il semblerait, d'après ce que nous avons décidé par rapport à la donation dont l'aïeul a gratifié son fils prédécédé, que l'imputation dût avoir lieu sans la moindre difficulté. — Il y a cependant une différence entre ces deux cas : lorsqu'un père donne à son fils, son intention est d'acquitter d'avance une partie de la dette naturelle qui fonde le droit du donataire à la succession du donateur; aussi toutes les donations en ligne directe sont-elles réputées en avancement d'hoirie, et forment-elles des propres comme les titres successifs. C'est de là que dérive l'obligation des petits-enfans d'imputer ce qui a été donné à leur père, lors même qu'ils ne sont pas ses héritiers : comme ils n'exercent que ses droits héréditaires, ils ne peuvent pas demander une plus grande portion qu'il ne l'aurait fait lui-même; et par conséquent ils doivent tenir compte à l'aïeul de tout ce dont il s'est exproprié, pour faire de son fils une espèce d'héritier anticipé. — Il en est tout autrement à l'égard d'un prêt; c'est un acte de commerce qui se fait entre l'aïeul et le père, comme entre deux étrangers, et les petits-enfans n'en sont tenus qu'autant qu'ils sont héritiers du fils.

On opposera sans doute qu'ils représentent la personne de leur père, et que par-là ils sont soumis aux mêmes exceptions, et conséquemment tenus de souffrir les mêmes imputations que lui. Mais cette représentation n'est point générale : son effet est borné aux droits successifs; et l'étendre aux dettes personnelles, ce serait rendre les petits-enfans héritiers de leur père contre leur propre volonté.

On objectera peut-être encore les arrêts qui ont obligé, en pareil cas, les petits-enfans de rapporter les deniers prêtés à leur père : mais cette objection est déjà détruite par ce que nous avons dit sur la question précédente; et nous trouvons dans le Recueil de Catellan, un arrêt du 11 avril 1681, qui a rejeté la conséquence que l'on voulait tirer en cette matière de l'obligation de rapporter un prêt, à celle de l'imputer. « Par cet ar-

Source : BIU Cujas

rêt (dit-il), on a décidé que les petits-fils doivent être déchargés de cette imputation, tant parceque les sommes que le père prête à son fils, il les prête comme un étranger à un autre étranger, que parceque les prêts qui étaient allégués n'étaient pas bien justifiés, que les demandeurs en Légitime opposaient une prescription, et que l'interruption de la prescription alléguée au contraire, n'était pas bien éclaircie ».

VIII. On a vu plus haut, que le légitimaire n'impute point les biens qui étaient substitués en sa faveur dans la personne du défunt, et il résulte nécessairement de là que le petit-fils ne doit pas imputer dans la Légitime qu'il prend sur les biens de son père, la chose que ce dernier a reçue entre-vifs de l'aïeul, à la charge de la lui restituer. — Cette décision n'est pourtant pas générale dans les coutumes qui obligent les fils à rapporter les donations faites aux petits-fils : mais pour bien connaître les exceptions qu'elle doit admettre en conséquence de la disposition de ces coutumes, il faut distinguer quatre cas différens.

1° Si le donataire, sous la charge dont il s'agit, était fils unique, et que par conséquent il ne pût y avoir lieu de sa part au rapport de la donation qu'il est obligé de restituer à l'un de ses enfans, il est certain que le petit-fils n'imputerait pas, dans la Légitime que lui doit son père, la chose qu'il prendrait en vertu de la substitution faite en sa faveur par l'aïeul. Il ne serait pas même tenu de la rapporter, suivant un arrêt du 23 février 1623.

2° Il en serait de même au cas que l'aïeul eût eu plusieurs enfans, et que le fils auquel il a ainsi donné pour restituer au petit-fils, renonçât à la succession, pour s'exempter du rapport des avantages qui lui ont été faits personnellement.

3° Mais si le fils renonçait pour ne pas rapporter la donation qu'il a reçue pour l'un de ses enfans, il se constituerait en quelque sorte donateur du petit-fils, puisque sa renonciation n'aurait pas d'autre motif que de conserver à ce dernier la chose qu'il a été forcé de lui restituer. Il faudrait donc en ce cas obliger le petit-fils d'imputer sur la Légitime paternelle, ce qu'il tiendrait de la libéralité de son aïeul.

4° Cette imputation aurait encore lieu si le fils se portait héritier concurremment avec ses frères et ses sœurs, parcequ'il ne pourrait pas le faire sans rapporter la donation faite au petit-fils, et qu'il serait indubitablement censé lui donner ce qu'il rapporterait pour lui.

IX. Le prix d'une acquisition que le père fait au nom de son fils, et qu'il paye de ses propres deniers, est sans contredit sujet à l'imputation : on a déjà vu, n. 4, que le parlement de Flandre l'a ainsi jugé par arrêt du 14 février 1775.

En est-il de même, en pays de droit écrit, des gains que le fils a faits étant sous la puissance paternelle, et qu'il a retenus ? il faut distinguer d'où proviennent ces gains : si c'est uniquement de son industrie, de son travail ou de quelque heureux hasard, ils lui appartiennent entièrement; et, par une conséquence nécessaire ce serait de sa part une erreur très désavantageuse de se croire obligé à les imputer dans sa Légitime; il en est au contraire dispensé très clairement par ces termes de la loi *Scimus* : *sancimus repletionem ex rebus substantiæ patris fieri.*

Mais les gains qu'il fait avec l'argent de son père, et qui forment ce que le droit romain appelle *un pécule profectice*, sont sujets à l'imputation lorsqu'il les retient, parcequ'il n'a rien à y prétendre, et que le tout appartient de plein droit à son père.

On ne sait pas pourquoi Roussilhe avance comme une maxime constante, que la propriété de ces gains se partage entre le père et le fils, et que par conséquent celui-ci n'en doit imputer que la moitié. Ces deux propositions ne seraient soutenables que dans le cas d'une société contractée entre le père et le fils.

Roussilhe est plus judicieux dans la résolution qu'il donne à cette espèce. — Un père a des garçons et des filles; les premiers, devenus grands, quittent la maison paternelle et gagnent de l'argent qu'ils gardent pour eux; les secondes travaillent toute leur vie pour le profit de leur père : on demande si, dans ce cas, les garçons peuvent se dispenser d'imputer ce qu'ils ont gagné ? Voici ce que répond l'auteur cité : « L'équité exigerait que les garçons se contentassent de moins que les filles; je ne vois cependant pas que, dans la rigueur des principes, on puisse obliger un garçon à rien imputer. Forcé par le besoin de chercher hors la maison de son père un secours que le père ne peut lui fournir, si, par son travail, son industrie et ses épargnes, il gagne quelque chose, cela ne doit point lui tenir lieu de ce que le père lui doit laisser, suivant le vœu de la loi, puisque ce que le fils de famille acquiert par son industrie et par son travail, lui appartient en propriété, le père n'en ayant que l'usufruit. S'il en était autrement, ce serait un moyen pour le décourager, crainte que ses autres frères et sœurs n'eussent part à ses épargnes. Le père ne peut donc augmenter une fille, qu'en prenant l'augmentation sur les biens dont la loi lui permet de disposer; pour ce qui est réservé pour la Légitime, les enfans y ont un droit égal, sans qu'on puisse y faire rapporter ce que l'un peut avoir gagné de plus que les autres ».

X. L'enfant n'impute pas non plus ce que son père lui a donné entre-vifs à titre de préciput, parceque, dit Ricard, la Légitime doit se prendre à l'instar de la portion héréditaire, dont elle ne diffère réellement qu'en ce qu'elle est réduite à une moindre quotité. Le parlement de Toulouse l'a ainsi jugé par deux arrêts des 10 décembre 1597 et 14 mars 1599, rapportés par Larocheflavin.

Source : BIU Cujas

Il y a cependant une exception à cette règle, écoutons Roussilhe : « Si le père avait disposé de tous ses biens auparavant en faveur de quelque autre, et réduit ses enfans à la Légitime, quoique le père donnât ensuite (à l'un d'eux) à titre de préciput, cela s'imputerait sur sa Légitime, attendu qu'il ne peut avantager ses enfans au préjudice des dispositions universelles qu'il a ci-devant faites ».

XI. C'est une maxime au-dessus de toute espèce de doute, que les alimens fournis par le père à son fils, ne doivent pas être imputés ; et sur ce fondement Rousseaud de Lacombe, décide, après plusieurs autres auteurs, que l'usufruit d'un bien dont le père a cédé la jouissance à son fils pendant sa vie, est exempt de l'imputation jusqu'à concurrence de l'entretien de ce dernier, et même pour le surplus, à moins que le fils ne l'ait employé en acquisitions, ou qu'il ne l'ait dissipé en fraude de ses frères et de ses sœurs : mais, ajoute ce jurisconsulte, il doit imputer les fruits qui lui restent à l'époque du décès de son père.

XII. Les frais d'éducation doivent être mis sur la même ligne que ceux d'entretien, parceque le père n'est pas moins obligé aux uns qu'aux autres, suivant la loi 5, §. 12, D. *de agnoscendis et alendis liberis*. Aussi la loi 50, D. *familiæ erciscundæ*, decide-t-elle que les frais d'étude ne doivent pas être rapportés ; et, comme nous l'avons établi au commencement de ce paragraphe, régulièrement l'exemption du rapport emporte celle de l'imputation : cela doit d'ailleurs souffrir ici d'autant moins de difficulté, qu'il n'y a dans le droit aucun texte qui ordonne d'imputer ces sortes de dépenses, et que la loi 20, C. *de collationibus*, affranchit de l'imputation toutes les choses que les lois n'y assujettissent pas expressement : *ea enim tantummodò computabuntur pro quibus specialiter legibus ut hoc fieret expressum est.*

Il y a cependant une différence sur cette matière entre le rapport et l'imputation. Les frais d'éducation ne sont exempts du rapport, qu'autant que le père n'a pas manifesté, en les avançant, que son intention fût de les y soumettre : *si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debitâ ductus*, dit la loi 50, D. *familiæ erciscundæ*. Mais à l'égard de l'imputation, le père aurait beau vouloir obliger son fils de la faire, sa volonté ne serait d'aucun effet, quoi qu'en disent la plupart des docteurs ; et la raison en est simple : la Légitime n'est établie que pour donner aux enfans, après la mort de leur père, les mêmes secours qu'il était obligé de leur fournir pendant sa vie : or, nous l'avons déjà dit, et la loi 5, §. 12, D. *de agnoscendis et alendis liberis*, prouve qu'il est tenu de procurer à ses enfans une éducation conforme à leur état ; on ne peut donc pas imputer ces frais dans la Légitime, puisqu'ils forment eux-mêmes une espèce de Légitime exigible du vivant du père. —Ces principes sont appuyés d'un arrêt du parlement de Toulouse, rapporte par Albert, au mot *testament*, §. 4. Cet arrêt a déclaré nul, pour cause de prétérition, le testament d'un père qui n'avait institué son fils que dans les frais de ses études ; et par conséquent il a jugé que ces sortes d'objets ne doivent pas être imputés dans la Légitime, lors même que le père l'ordonne expressément ; car si l'imputation avait pu avoir lieu, l'institution n'aurait pas été annullée, puisque celle d'une fille en sa dot a toujours été regardée comme valable.

Les auteurs qui ont décidé que le père pouvait ordonner l'imputation des frais d'étude, ont donc parlé trop indefiniment, et leur opinion ne peut être admise que dans le cas où le père et la mère sont recevables à répeter à la charge d'un enfant les alimens qu'ils lui ont fournis, c'est-à-dire, lorsqu'ils ont administré des biens qui lui appartenaient en toute propriété, et qu'ils ont tenu un journal exact des dépenses faites pour lui. On peut voir à ce sujet la loi 34, D. *de negotiis gestis* ; l'art. 253 de la coutume d'Auxerre, et l'art. 323 de celle de Reims.

XIII. Ce que nous disons des frais d'étude, doit s'entendre assez généralement de tout ce qu'un père a dépensé pour faire promouvoir son fils au doctorat, dans quelque faculté que ce soit ; et c'est, dit Catellan, ce qui « fut juge à mon rapport au procès des Turles ».

Nous disons *assez généralement*, parcequ'il est certains cas où l'équité semble exiger que ces frais s'imputent : « Je voudrais examiner (dit Lebrun) s'ils ne sont pas trop considérables, eu égard aux biens du père. Car si un père s'était épuisé pour faire un docteur de Sorbonne, un avocat ou un médecin, j'estime que ces frais seraient sujets à imputation sur la Légitime ; ce qui peut être fondé sur l'esprit des coutumes de Reims, de Châlons et de Laon, lesquelles parlant des frais qu'un père a faits pour entretenir son fils à la guerre ou dans les arts libéraux, demandent, pour les dispenser du rapport, qu'ils soient faits modérément, selon la qualité des enfans et avant qu'ils fussent mariés. Et je me sers d'autant plus volontiers dans la matière de l'imputation de la Légitime, de ce tempérament emprunté de la matière des rapports, que la Légitime étant une certaine partie de ce qu'on aurait eu *ab intestat*, l'imputation qui se fait sur la Légitime est une espèce de rapport, avec cette seule différence que le légitimaire étant plus favorable que celui qui rapporte, on en use un peu plus largement avec lui, sans néanmoins que cette faveur qu'on lui accorde, puisse servir de prétexte de l'egaler personnellement par divers passe-droits aux autres enfans, et de faire sa condition aussi bonne que si le père n'avait pas jugé à propos de le reduire à la Légitime ».

XIV. Les livres, en tant qu'ils sont compris dans les frais d'étude, ne doivent point être imputés : mais s'ils forment un corps de bibliotheque, ou

Source : BIU Cujas

au moins s'ils sont d'un prix considérable, eu égard aux biens que le père a laissés, il n'est point douteux qu'ils ne soient sujets à l'imputation. — « Et encore (ajoute Lebrun) j'en voudrais excepter les livres que le père a notés de sa main, comme mémoires de famille, pour récompenser de ce côté, suivant la destination du père même, celui qu'il a désavantagé d'ailleurs, en le réduisant à une portion légitimaire ».

XV. La raison qui exempte en général les frais d'étude et de doctorat, de l'imputation sur la Légitime, doit pareillement en dispenser les armes, les chevaux et l'équipage qu'un père a fournis à son fils pour aller à la guerre, C'est l'opinion de Catellan, de Vandepoll, et de la plupart des auteurs.

XVI. Il résulte du même principe, qu'on ne doit point imputer ce qu'un père a donné à son fils pour l'apprentissage d'un métier : en effet, quelle différence pourrait-on assigner entre cet objet et les frais d'étude, de doctorat ou d'entretien à la guerre? — Cependant Roussilhe décide qu'un métier est « un établissement, et est plus qu'éducation ; qu'ainsi on doit imputer ce qu'il en a coûté. C'est (ajoute-t-il) le sentiment de Ferrière, en son petit Commentaire sur la coutume de Paris, art. 304, qui dit que ce qu'il en coûte pour apprendre un métier, est sujet à rapport, parceque c'est un établissement, et qu'autrement ce serait une grande inégalité ». — On voit que Roussilhe perd ici de vue ce grand principe, *qu'on doit imputer moins de choses qu'on n'en rapporte.* D'ailleurs, l'opinion de Ferrière, touchant le rapport des frais d'apprentissage, n'est pas universellement admise ; la coutume d'Auxerre, art. 253, et celle de Reims, art. 323, la rejettent même expressément, si ce n'est pour le cas examiné ci-dessus, où elles soumettent les frais d'étude au rapport. — En vain prétend-t-on que l'apprentissage d'un métier ne doit pas passer pour éducation, mais pour établissement ; le contraire se sent de soi-même : aussi la coutume de Reims distingue-t-elle précisément les frais d'apprentissage de ceux de maîtrise ; elle exempte, comme on vient de le voir, les premiers du rapport; mais elle y soumet les seconds. Cette disposition doit nous servir ici de règle, parceque'elle est fondée sur les vrais principes : ainsi, nous imputerons dans la Légitime tout ce qu'un père aura dépensé pour élever son fils à une maîtrise, parceque c'est pour celui-ci un établissement; mais régulièrement nous n'imputerons pas les frais d'apprentissage, parcequ'ils font partie de l'éducation.

XVII. Ce que nous venons de dire, suppose que les dépenses faites par un père pour l'établissement de son fils, doivent être imputées dans la Légitime ; et c'est sur ce fondement qu'a été rendu, au parlement de Toulouse, un arrêt du mois de janvier 1660, par lequel (dit Catellan) « il fut jugé que la somme de 1400 livres qu'un père avait donnée pour faire un fils chevalier de Malte, devait être imputée sur la Légitime de ce fils, quoique le père, en payant cette somme, n'eût ni déclaré, ni marqué qu'il voulait qu'elle fût imputée. Le fils était majeur de quatorze ans, mais mineur de vingt-cinq, lorsqu'il était allé à Malte, et que la somme avait été comptée. Il avait servi vingt-quatre ans et pris la qualité de chevalier, tant avant qu'après le décès de son père ; mais il n'avait pas fait profession, et disait, pour se dispenser de l'imputation qu'on lui demandait, que son intention n'était pas de faire cette profession. C'était un établissement que ce père avait procuré à ce fils; et la renonciation du fils à cet établissement ne pouvait pas priver le père ou ses héritiers de demander l'imputation de ce qui avait été donné pour cela ».

XVIII. Doit-on, par la même raison, imputer le titre clérical qu'un père a constitué à son fils pour le faire entrer dans les ordres sacrés ?

La négative a pour partisan Pierre Favre, sur les Institutes, titre *de inofficioso testamento*, et sur le Code, titre *de collationibus.*--Les moyens sur lesquels on appuie cette opinion, sont, que le titre clérical tient lieu de bénéfice au simple prêtre ; que l'art. 12 de l'ordonnance d'Orléans le déclare *inaliénable et non sujet à aucune obligation ni hypothèque créée depuis la promotion du prêtre et durant sa vie;* que deux arrêts des 12 décembre 1619 et 29 mai 1645, rapportés par Brodeau, l'ont jugé exempt du rapport; qu'enfin, un autre arrêt du 15 juin 1643, inséré dans le Journal des audiences, l'a déclaré exempt de la révocation pour survenance d'enfans.

Le parti de l'imputation est soutenu par Vasquius, Chopin, Legrand, Zoëz, Vedel, Roussilhe, Lebrun ; et il paraît que c'est le plus juridique : « En effet (dit ce dernier), tous les privilèges qui viennent d'être rapportés, ne font pas que le titre sacerdotal ne soit une donation du père, dont le fils devient plus riche, et ne soit quelquefois considérable, eu égard aux biens du père. Ils font bien que peut-être on ne peut pas obliger un fils de rapporter son titre en espèces, et qu'en cela on pourrait comparer le titre clérical à l'office; que l'enfant qui l'a eu de son père, n'est pas obligé et ne peut pas même, en certains cas, rapporter en espèces; mais non pas que la valeur n'en doive être rapportée dans le partage *ab intestat*, et ne doive être imputée au légitimaire ».

XIX. L'imputation doit-elle embrasser les dépenses faites par un père pour obtenir un bénéfice à son fils? Voici ce que répond Catellan : « On doit, avec beaucoup de raison, douter de ce qu'avance Vasquez dans son Traité des Successions, que le fils n'impute point sur sa Légitime les frais que le père a faits dans un procès pour obtenir un bénéfice à ce fils ; sur-tout si ces frais sont considérables, et si le succès a été heureux, le bénéfice obtenu, et par-là un établissement procuré. » — On voit que cet auteur distingue les cas où les

Source : BIU Cujas

frais ont été considérables, de celui où ils ont été modiques. — Lebrun fait la même distinction; et il y a en effet dans le recueil de Larocheflavin un arrêt du parlement de Toulouse, du 30 mars 1591, qui a jugé que l'imputation ne devait pas avoir lieu dans ce dernier cas. — Mais, d'un autre côté, on trouve dans les décisions de la rote de Rome, part. 1, décis. 65, un arrêt de ce tribunal, qui déclare même les frais des bulles d'un évêché exempts de toute imputation. — Il paraît donc, par le rapprochement de ces deux arrêts, que les frais de l'obtention d'un bénéfice ne doivent jamais s'imputer dans la Légitime, soit que le total en soit considérable ou modique. — Ce parti serait certainement le plus conforme au droit romain : cependant, comme il est de principe dans nos mœurs que les dépenses faites pour l'établissement d'un fils, doivent être imputées, et que celles qui concernent l'obtention d'un bénéfice tendent toujours à ce but, il faut, ce me semble, les assujettir indistinctement à l'imputation, sans distinguer si elles forment une grande ou une petite somme, parcequ'on ne peut pas plus, dans un cas que dans l'autre, les mettre sur la ligne des frais d'éducation, et que ce serait livrer la question à l'arbitraire, que de la faire dépendre du plus ou du moins d'argent avancé.

XX. D'après les espèces qu'on vient de parcourir, il sera aisé de répondre à cette question : il y a des communautés religieuses où l'on ne fait que des vœux simples; la dot qu'un père a donnée à sa fille pour entrer dans une de ces communautés, est-elle sujette à imputation ?

L'affirmative ne paraît pas susceptible de doute. Il est vrai que la gazette des tribunaux, tom. 3, pag. 164, nous offre un arrêt du parlement de Grenoble, du 17 février 1777, qui paraît juger le contraire; mais il suffit de peser les termes dans lesquels il y est rapporté, pour sentir qu'il n'y a dans la rédaction du journaliste, qu'une équivoque très facile à lever; voici comment il s'explique :

« L'arrêt du parlement de Grenoble, du 28 août 1775, qui a rendu la liberté à la dame Durand, ci-devant religieuse aux hospitalières de cette ville, en jugeant l'institut de cette maison séculier, avait ordonné qu'il serait plus amplement contesté sur la nature de ses droits légitimaires; et en conséquence, trois nouvelles questions se sont élevées. — La première, si la dame Durand était tenue d'imputer sur sa Légitime la dot spirituelle qui lui fut constituée par son père lors de son entrée en religion, de manière qu'elle ne put demander qu'un supplément en deniers, ou si elle était fondée à prétendre sa Légitime en corps héréditaire sans imputation; — La seconde, de quelle époque les intérêts ou les fruits lui devaient être comptés; si c'était depuis le décès du père, ou depuis la réclamation de la dame Durand, et sa sortie de la communauté, ou seulement depuis la demande par elle formée en justice; — La troisième question enfin, si la communauté devait restituer la dot. — Sur la première question concernant la nature de sa Légitime, la dame Durand disait qu'elle n'avait eu aucune part au contrat de constitution de dot; qu'il n'était intervenu qu'entre son père et la communauté; qu'on ne pouvait pas dire que cette dot fût un à-compte sur sa Légitime, puisqu'elle fut au contraire, dans l'intention des parties, le prix de son abdication aux biens du siècle; que la réintégration dans son état en traînait l'exercice de la plénitude de ses droits, et que c'était à l'héritier à poursuivre la restitution des sommes payées par son père à la communauté. A quoi l'on répondait, de la part de l'héritière, que la dot dont il s'agit fut constituée sous la foi publique, pour procurer à la dame Durand un état convenable; qu'il n'avait dépendu que d'elle de le conserver, quoique l'institut ait été jugé séculier; en sorte qu'elle devait être soumise à la règle générale, qui astreint l'enfant à imputer les capitaux que ses parens ont fournis pour son établissement. — Sur la deuxième question, touchant l'époque des intérêts ou des fruits, la dame Durand soutenait qu'ils lui étaient incontestablement dus depuis le décès de son père, parceque les intérêts ou fruits de la Légitime sont privilégiés, et qu'il n'est pas besoin d'interpellation pour les faire courir. De la part de l'héritière, on se retranchait encore ici sur la bonne foi, et l'on n'offrait les intérêts que depuis la demande. — 3° Enfin la communauté refusait de restituer la dot, sur le prétexte que les vœux de la dame Durand n'avaient point été déclarés nuls, mais simples; qu'on ne l'avait point renvoyée; qu'il ne dépendait que d'elle de revenir à son premier état, et le continuer sous la simplicité ou liberté des vœux, à l'instar des autres religieuses qui persévéraient. (*V. Béguines.*) — Par arrêt du 17 février 1777, au rapport de M. de Chaléon, la dame Durand n'a point été soumise à imputer la dot spirituelle; néanmoins la Légitime ne lui a été adjugée qu'en deniers, avec intérêts depuis le décès du père; au surplus, la communauté des hospitalières condamnée à rendre à l'héritière la dot avec intérêts depuis la sortie de la dame Durand ».

On voit clairement par cet exposé que la dame Durand n'a pas été autorisée à retenir la *dot spirituelle* par-dessus sa Légitime, et que l'unique question à cet égard était de savoir si elle pouvait abandonner cette dot à l'héritière, pour prendre sa Légitime sur toute la masse des biens du défunt indistinctement. Ce n'était donc pas une imputation proprement dite, mais une espèce de dation en paiement que le parlement de Grenoble avait à juger.

XXI. Le principe qui soumet à l'imputation tous les frais d'établissement, n'est pas aussi éloigné du droit romain que quelques uns se l'imaginent : on a vu plus haut que ce droit, en exemptant de cette charge les donations simples, oblige cependant les filles d'imputer leurs dots, et les enfans à âles leurs donations à cause de nôces : pourquoi cette diffé-

Source : BIU Cujas

rence? Elle se sent d'elle-même; c'est que les libéralités de cette dernière espèce servaient à l'établissement des enfans, au lieu que les autres n'avaient pas le même objet.

La loi 30, C. *de inofficioso testamento*, porte encore l'empreinte de l'intention du législateur d'imputer sur la Légitime toutes les dépenses faites pour procurer un état à un enfant : elle porte qu'on doit comprendre dans l'imputation l'argent avancé par le défunt pour procurer au légitimaire un office qui, par sa nature, soit vénal, ou dont ses héritiers puissent au moins retirer une certaine somme : *Imputari verò filiis aliisque personis quæ dudùm ad inofficiosi testamenti querelam vocabuntur, in Legitimam portionem, et illa volumus quæ occasione militiæ ex pecuniis mortui iisdem personis acquisitæ, posse lucrari eas manifestum est, eò quod talis sit militia ut vendatur, vel, mortuo militante, certa pecunia ad ejus heredes perveniat.*

Ce texte n'exige, comme on le voit, pour l'imputation, que de deux choses l'une, ou que l'office procuré par le père à son fils soit vénal, ou qu'il soit, jusqu'à un certain point, héréditaire. Il ne faut donc pas s'étonner si tous nos auteurs soumettent à l'imputation les offices de judicature ou de finance, qui, parmi nous, réunissent ces deux qualités. Vedel rapporte même un arrêt du 21 août 1714, qui ordonne d'imputer, non seulement le prix d'un office de cette nature, mais encore les frais de provisions et de réception; et cela est fondé sur la règle des accessoires.

Il résulte de la loi citée, que les offices qui sont vénaux, sans être héréditaires, doivent être imputés dans la Légitime des enfans pour qui leurs pères en ont fait l'acquisition. C'est ainsi qu'en Hollande et dans le pays d'Utrecht, on étend les effets de l'imputation jusque sur les canonicats, parce qu'ils sont considérés dans ces provinces comme des objets soumis au commerce, quoique ceux qui en sont titulaires, ne les transmettent pas de plein droit à leurs héritiers. (Vandepoll, *de exheredatione et præteritione*, pag. 169 et 170.)

Les termes du texte que nous venons de rapporter, font entendre très clairement que les offices dont la vénalité n'est qu'imparfaite, tels que sont les bénéfices de Hollande ou d'Utrecht, et toutes les charges qui ne se transmettent pas aux successeurs des titulaires, ne sont sujets à l'imputation dans la Légitime, qu'autant que le défunt qui les a procurés aux légitimaires, a déboursé pour cela un certain prix : *Imputari. . . . in legitimam portionem, et illa volumus quæ occasione militiæ EX PECUNIIS mortui iisdem personis acquisitæ, posse lucrari eas manifestum est.*

Par-là se résout une question assez controversée dans notre droit français, et qui consiste à savoir si les charges de la maison du roi doivent être imputées dans la Légitime : une distinction bien simple écarte toute espèce de difficultés. — Ou il s'agit d'une charge dont le défunt était revêtu, et qu'il a abdiquée pour en faire pourvoir le légitimaire; ou il s'agit d'une charge que le défunt a achetée, et sur l'acquisition de laquelle le légitimaire a pris des provisions.

Au premier cas, il n'y a point de deniers déboursés de la part du père, conséquemment point d'imputation; cela ne peut souffrir le moindre doute, d'après l'observation que nous venons de faire : « et c'est (dit Lebrun), ce qui a été jugé par l'arrêt de Lebreton, roi d'armes, du 20 mai 1651, quoiqu'à l'occasion d'un rapport, et non pas d'imputation sur la Légitime, arrêt qui était dans le cas où l'office avait passé du père au fils par le moyen d'une survivance ».

Dans le second cas, l'imputation doit avoir lieu sans difficulté; la loi citée le décide ainsi expressément, et Lebrun l'établit de même : « Si le père achète la démission d'un officier sur laquelle son fils obtient ses provisions, le prix sera imputé sur la Légitime, parcequ'outre la grace du prince, il y a un prix de la démission qui est actuellement payé par le père, et qui bien souvent est une condition de la même force que quand le roi pourvoit quelqu'un d'une charge de sa maison, à condition de donner une certaine somme à la veuve ou aux héritiers du dernier possesseur ».

On trouve dans Basnage un arrêt du parlement de Rouen, conforme à cet avis : « Le 21 juillet 1684, en la première chambre des enquêtes, au rapport de M. Bouchard de Blosseville, il fut jugé que le prix d'une charge de la maison du roi, achetée par un père pour un de ses fils, devait être imputé sur la part du tiers coutumier revenant à ce même fils qui avait renoncé à la succession de son père, et qui, lors du décès de son père, était encore revêtu de cette même charge, laquelle il pouvait vendre en ce temps-là, quoique sujette à être perdue par la mort de celui qui la possédait, comme étaient alors toutes les charges de la maison du roi. L'arrêt confirmait une sentence rendue aux requêtes du palais ».

Mais ne peut-on pas opposer à cette décision l'endroit du texte cité, où l'empereur Justinien exempte de l'imputation les offices de son palais, dont les pourvus étaient chargés de maintenir le bon ordre, et qu'on appelait par cette raison *SILENTIAIRES* : *Exceptis solis viris spectabilibus silentiariis sacri nostri palatii, quibus præstita jam specialia beneficia, tàm de aliis capitulis, quàm de pecuniis super memoratâ militiâ à parentibus eorum datis, ne in legitimam portionem ejus computentur, rata esse præcipimus?* — Si les *silentiaires* avaient été les seuls officiers de la cour de Justinien dont les emplois fussent vénaux, on pourrait sans doute conclure de cette disposition, moins étendue dans ses termes que dans son motif, que toutes les charges vénales de la maison du roi sont affranchies de l'imputation dans la Légitime : mais il est certain qu'il y avait du temps de Justinien différentes sortes d'offices de la maison du prince qui étaient sujettes à la véna-

Source : BIU Cujas

lité, et par conséquent à l'imputation : la novelle 35, par exemple, fait mention des aides du questeur du palais, *adjutores quæstoris sacri palatii*, et fixe le prix auquel il leur était permis de vendre leurs charges. Il faut donc regarder comme tout-à-fait particulier aux silentiaires, le privilège accordé à ces officiers de ne point imputer dans leur Légitime les deniers déboursés par leurs pères et leurs mères pour les faire pourvoir de ces emplois ; et ce privilège ne pourrait être réclamé dans nos mœurs que par les gardes du corps, qui représentent assez exactement les silentiaires de l'ancienne cour de Constantinople ; encore faudrait-il une loi nouvelle pour le leur assurer.

On pourrait nous objecter l'édit du mois de janvier 1678, par lequel tous les offices de la maison du roi sont indistinctement déclarés *francs et libres des rapports et partages de famille* : mais *V. Rapport.*

XXII. Les opinions des docteurs sont fort partagées sur la question de savoir si les frais de nôces d'un enfant doivent être imputés dans la Légitime que lui doit le père qui les a fournis.

L'affirmative paraîtrait ne devoir souffrir aucune difficulté dans notre jurisprudence, d'après le principe qui soumet à l'imputation tout ce qu'un père a dépensé pour l'établissement de son fils. Cependant la question ne paraît pas susceptible d'une résolution générale, et il faut en distinguer les différens objets.

D'abord, il passe pour constant que les frais du banquet nuptial ne doivent pas être imputés. La coutume de Sens, art. 268, et celle de Reims, art. 322, décident même qu'ils ne sont pas sujets au rapport ; et, comme on l'a déjà dit, tout ce qui est exempt du rapport, doit, à plus forte raison, être affranchi de l'imputation. La chose est d'ailleurs d'autant plus simple, que ces sortes de frais n'ont pas pour objet l'avantage personnel de l'enfant qui se marie, mais la manifestation de la joie des deux familles nouvellement alliées.

Les habits de nôces que le père donne à son fils ou à sa fille, seraient sujets à l'imputation, si l'on suivait à cet égard la disposition des coutumes citées qui les soumettent au rapport : mais, d'un côté, il est certain qu'on rapporte plus de choses qu'on n'en impute ; d'un autre côté, ces coutumes ne doivent pas former un droit commun, même pour le rapport : il paraît plus naturel de dire avec d'Argentrée, sur l'art. 526 de la coutume de Bretagne, que ces sortes d'objets ne doivent jamais se rapporter, si ce n'est entre gens du commun, et lorsqu'ils excèdent de beaucoup le prix des vêtemens ordinaires ; et comme on doit traiter plus favorablement celui qui est réduit à une Légitime, que l'héritier obligé au rapport, l'équité demande qu'on les affranchisse toujours de l'imputation : c'est aussi ce que pense Lebrun ; et si cet avis doit admettre une restriction, ce ne peut être que pour les bagues et joyaux : ce sont en effet les seules choses qu'on puisse regarder en pareil cas comme des libéralités proprement dites ; le reste doit passer pour acquittement plus ou moins étendu de l'obligation naturelle du père de vêtir son fils ou sa fille avant son établissement.

Et, dans le fait, il a été jugé par arrêt du parlement de Bordeaux, du 9 juin 1662, inséré dans le Recueil de La Peyrère au mot *Rapport*, que les habits nuptiaux donnés à la nommée Janet par Blanche Dugravier sa mère, ne devaient pas être imputés dans sa Légitime.

A l'égard des présens que le père donne à son fils pour en gratifier sa bru, femme de ce dernier, Duperrier atteste en ses *Maximes de Droit*, liv. 5, que l'usage du parlement de Provence est de ne point les imputer. Un usage contraire serait sans doute plus régulier, d'après ce que nous venons de dire touchant les bagues et joyaux ; et tel paraît être le sentiment de la plupart des auteurs qui ont traité cette question. — Règle générale, tout ce qui porte le caractère de libéralité, doit être compris dans l'imputation : c'est, comme nous l'avons fait voir ci-dessus, l'esprit du droit romain considéré dans son dernier état ; et il en résulte évidemment que les présens dont il s'agit, doivent être imputés.

XXXIII. Peut-on étendre les effets de l'imputation jusque sur la rançon que le père a payée pour tirer son fils de captivité ? Lebrun soutient l'affirmative, par la raison que le père n'est point obligé de racheter son fils, et que conséquemment il exerce, en le faisant, une libéralité proprement dite. D'Argentrée, Vandepoll et Perez opposent à cette opinion la loi 17, C. *de postliminio reversis*, suivant laquelle le père ne peut point répéter contre le fils ce qu'il a payé pour sa rançon, attendu qu'il est censé l'avoir fait par le mouvement de l'affection paternelle. *Pro pietatis itaque ratione ab hostibus redempto filio, facti te pœnitere ac de pretio quicquam tractare non convenit.* Mais, répond Lebrun, toutes les donations qu'un père fait à son fils, sont de leur seule nature irrévocables, exemptes de toute répétition, et motivées par une piété naturelle ; cependant elles s'imputent régulièrement : pourquoi celle dont il s'agit, serait-elle exceptée ?

Il est bon d'observer que les coutumes de Châlons, art. 106, et de Reims, art. 323, adaptent au rapport ce que nous disons ici de l'imputation.

S'il en est ainsi de la rançon payée pour délivrer un enfant d'une captivité souvent honorable et toujours malheureuse, à plus forte raison doit-il en être de même de l'amende et de la réparation civile auxquelles il a été condamné, et que son père a acquittées pour l'exempter de tenir prison. En décider autrement, ce serait encourager les dérèglemens et les crimes, et assurer une espèce de préciput à un homme qui, par sa conduite, mériterait plutôt qu'on diminuât sa portion. — « Et pour montrer (dit Lebrun), que cette résolution est conforme à l'esprit du droit romain, il faut

Source : BIU Cujas

présupposer que le droit a principalement assujetti à l'imputation sur la Légitime les donations les plus utiles et les plus avantageuses, comme celle d'un office que le père a acheté pour son fils. . . . . Or, il n'y a point d'avance plus utile au fils que celle qui lui conserve sa liberté, et qui lui épargne l'infamie de la prison ».

[[XXIV. Il a été jugé par un arrêt du parlement de Paris, du 1er juillet 1785, qu'un légitimaire n'est pas tenu d'imputer dans la portion à laquelle il est réduit, ce que son père lui a donné pour l'engager à souscrire une transaction avec ses frères et ses sœurs, relativement à des biens contestés entre eux. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Légitime*, §. 6.]]

Art. III. *Questions particulières sur l'imputation des choses comprises dans les deux classes que nous venons de parcourir.*

I. Sur quel pied doit-on estimer les choses sujettes à l'imputation? Est-ce le temps de la donation, ou celui de la mort du défunt qu'il faut considérer?

Un principe bien simple décide cette question. La Légitime se règle comme si la succession dont elle doit être distraite, réunissait tous les biens dont le défunt a disposé de son vivant à titre gratuit : il faut donc regarder la chose donnée au légitimaire comme existant dans la succession; et, par une conséquence nécessaire, c'est au temps de la mort qu'il faut avoir égard pour en régler la valeur.

Cette règle admet cependant quelques exceptions.

D'abord il est certain que les choses sujettes à se consumer par l'usage, doivent être imputées sur le pied de leur valeur au temps de la donation; autrement, une somme d'argent ne serait soumise à l'imputation qu'autant que le donataire la posséderait encore en nature au temps de l'ouverture de l'hérédité; ce qui serait absurde.

2° Il passe pour constant que l'office dont un père a disposé gratuitement en faveur de son fils, doit être impute suivant sa valeur au temps de la résignation. C'est ce qui résulte et d'un arrêt du 14 avril 1603, qui a jugé que le rapport du prix d'un office doit se faire eu égard au temps dont nous parlons, et de trois autres des 22 janvier 1612, 30 avril 1622 et 26 janvier 1627, par lesquels il a été décidé qu'on doit suivre le prix du contrat d'acquisition pour régler le mi-denier que le mari survivant est obligé de rapporter, afin de conserver un office acquis pendant la communauté. Il est d'ailleurs attesté par Duperrier et de Cormis, que cela ne souffre aucune difficulté dans les tribunaux, relativement à l'imputation sur la Légitime.

Il serait sans doute téméraire de combattre cette jurisprudence; cependant nous observerons que peut-être ne l'aurait-on pas admise, si l'on eût fait attention qu'elle est directement contraire à la loi 30, § 2, C. *de inofficioso testamento*. Voici en effet ce que porte cette loi : *Ita tamen ut ille gradus ejusdem militiæ inspiciatur, quem in morte testatoris militans obtinet, ut tanta ei pecunia in legitimam portionem computetur, quantam dari constitutum est, si in eo gradu mortuus esset in qui militiam ex pecuniis testatoris adeptus est.* Pour sentir l'application de ce texte à notre question, il faut se rappeler qu'il y avait à la cour de Justinien des charges vénales qui, à la vérité, ne se transmettaient pas aux héritiers des titulaires, mais qu'on ne pouvait obtenir qu'en donnant à ces héritiers une certaine somme. La loi que nous venons de citer, veut que le légitimaire impute la charge que son père lui a achetée, non sur le pied de la somme qui aurait été due à ses héritiers s'il était mort au temps de sa réception, mais sur le pied de ce qu'ils auraient eu à prétendre, s'il était décédé en même temps que son père : on ne peut pas sans doute décider plus clairement que l'imputation d'un office doit toujours se faire eu égard au temps de la mort de celui qui l'a donné.

3° C'est une opinion généralement reçue, que le légitimaire pour qui le défunt a fait une acquisition ou exercé un retrait, doit imputer, non la chose achetée ou retraite en nature, mais seulement le prix qui a été déboursé. — Cela est sans difficulté par rapport au retrait d'un bien maternel, parceque le fils ayant seul le droit de l'exercer, il n'est pas possible de feindre que le père l'a fait pour lui-même, et qu'il a ensuite donné le bien à son fils; et c'est pourquoi le père n'y peut pas succéder par droit de retour en cas de prédécès de ce dernier, comme l'ont décidé deux arrêts des 7 septembre 1570 et 12 mai 1640, rapportés par Charondas et Brodeau sur l'art. 159 de la coutume de Paris. — Mais il paraît qu'on doit en décider autrement à l'égard d'un achat, ou d'un retrait que le père aurait pu exercer en son nom. Il semble qu'alors on doit considérer le père comme acquéreur du bien même, au lieu de le borner à la simple qualité de donateur du prix : cela est si vrai, que le fils possède ce bien comme propre naissant, suivant un arrêt du parlement de Flandre du 13 avril 1762, rapporté à l'art. *Command* : aussi la loi 30, §. 2, C. *de inofficioso testamento*, décide-t-elle nettement, comme on vient de le voir, que le légitimaire ne doit point imputer la somme payée par le défunt pour l'acquisition d'un office dont celui-ci l'a fait pourvoir, mais la valeur de l'office même au temps de l'ouverture de la succession.

II. Un étranger institué héritier ou légataire universel, peut-il obliger le légitimaire à l'imputation de toutes les choses que nous venons de voir y être soumises?

La raison de douter est très plausible. Nous avons établi au commencement de ce paragraphe, que les choses exemptes du rapport à la succession, le sont aussi en général de l'imputation dans la Légitime : or, les enfans ne rapportent jamais aux étrangers, parceque la nécessité de le faire n'a été introduite que pour conserver l'égalité entre les enfans, et que par conséquent elle doit cesser à l'égard de ceux en qui on ne peut pas dire que l'égalité soit blessée. Il semble donc que l'imputation sur la

Source : BIU Cujas

Légitime ne doit pareillement se faire qu'entre enfans, soit pour égaler les légitimaires entre eux, soit pour empêcher qu'ils n'aient plus que leurs frères et leurs sœurs nommés héritiers ou légataires.

Il faut cependant décider le contraire, « parceque la querelle d'inofficiosité et la demande de Légitime (dit Lebrun), est un droit extraordinaire qui ne doit avoir lieu que lorsque le père, ou n'a point du tout, ou n'a pas assez considéré son sang, et quand il faut que la loi vienne au secours de la nature, et qu'elle supplée au défaut de l'affection paternelle..... Ainsi, cette action n'a point lieu quand le père a rempli les devoirs naturels; et il serait fort injuste qu'un fils comblé des bienfaits de son père, vînt accuser son testament, et donner atteinte à de légères libéralités dont le père aurait voulu reconnaître l'amitié de quelqu'un ».

Il y a pourtant une coutume dans laquelle l'imputation embrasse plus d'objets lorsqu'elle est demandée par d'autres légitimaires, que quand elle l'est par des tiers. Cette coutume est celle de Normandie: on y tient pour maxime, que les enfans doivent imputer indistinctement entre eux toutes les libéralités qu'ils ont reçues de leur père: mais à l'égard des créanciers et des acquéreurs des biens du défunt, on distingue si l'imputation qu'ils demandent, tombe sur des immeubles ou sur des meubles: si elle tombe sur des immeubles, on l'ordonne sans difficulté; mais si elle tombe sur des meubles, on sous-distingue: ou les enfans à qui ces effets ont été donnés en sont devenus plus riches de quelque manière que ce soit, ou ils les ont dissipés.

Au premier cas, l'imputation doit avoir lieu. « Il a été jugé (dit Basnage), au rapport de M. Busquet, en la grand'chambre, le 21 août 1681, qu'une fille ayant été mariée par son père, ferait diminution sur la part qui lui avait été adjugée au tiers coutumier, d'une somme de 600 livres que le père avait donnée pour don mobile au mari de ladite fille par son contrat de mariage: l'arrêt est fondé sur la disposition de l'art. 401 de la coutume, suivant lequel les enfans ne peuvent avoir leur tiers coutumier qu'en rapportant les dons et les avantages qui leur ont été faits; car quoique le mari seul profite du don mobile, et que par cette donation, la dot soit diminuée, on peut dire néanmoins qu'il y a toujours de l'avantage pour la fille, parceque, par ce moyen, on lui procure un mariage qui ne se ferait pas, suivant l'usage de la province sans un don mobile ».

Dans le second cas, on juge, d'après l'esprit de la coutume, et nonobstant la généralité de sa disposition textuelle, que les enfans ne doivent point imputer les meubles qui leur ont été donnés. Basnage en rapporte quatre arrêts des 19 septembre 1642, 14 avril 1644, 8 janvier 1655, 9 janvier 1660; et « cela est fondé (dit-il), sur ces deux raisons: la première, que le père était le maître de ses meubles, et qu'ils n'ont point de suite par hypothèque; de sorte que les créanciers doivent s'imputer la faute de ne les avoir pas saisis, et de n'avoir pas empêché que leur débiteur ne les dissipât: la seconde raison est que si les enfans qui renoncent, étaient obligés de rapporter les meubles (qu'ils ont dissipés), au profit des créanciers, ce serait une voie pour leur faire perdre leur tiers coutumier durant la vie de leur père, ce qu'ils ne peuvent jamais faire », aux termes de l'art. 359 de la coutume.

Le même auteur ajoute un peu plus bas: « Il est si véritable que les enfans ne peuvent engager leur tiers du vivant de leur père, que s'il leur avait donné, non seulement des meubles, mais aussi des rentes dont ils eussent reçu le rachat, et qu'ils en eussent dissipé les deniers, on ne pourrait leur en faire déduction sur leur tiers ».

Art. IV. *De l'imputation des choses que le légitimaire ne tient que de la loi.*

I. Quelques auteurs disent indéfiniment que le légitimaire n'est point obligé d'imputer ce qu'il tient de la loi. — Cette proposition paraît fausse à la première vue. La loi 36, C. *de inofficioso testamento*, décide indéfiniment que l'imputation doit comprendre tout ce qui provient du patrimoine du défunt, *ex rebus substantiæ patris*. Dès-lors, pourquoi ne pas imputer ce que la loi prend au père pour le donner au fils, comme on impute ce que le père donne lui-même? Un exemple vient à l'appui de cette observation: la loi 22, D. *de adoptionibus*, porte que le père adoptif est obligé de laisser à son fils arrogé le quart de ses biens, et que le fils prend ce quart comme un bienfait du législateur: *quæ quarta non ex judicio parentis ad eum pervenit, sed ex principali providentiâ;* cependant la loi 8, §. 15, D. *de inofficioso testamento*, déclare que cette partie des biens du défunt sert à remplir la Légitime due à l'enfant arrogé.

Mais quelque spécieuses que paraissent ces raisons, il n'en est pas moins vrai que le légitimaire est quelquefois dispensé de l'imputation relativement aux purs bienfaits de la loi; et un principe très simple suffit pour distinguer les cas où cela a lieu, d'avec ceux où il en est autrement.

Qu'est-ce que la Légitime? C'est une portion de ce qu'aurait eu, en succédant *ab intestat*, la personne à qui elle est due. Il ne faut donc considérer, pour la régler, que les biens auxquels le légitimaire aurait pris part comme héritier, si le défunt n'en avait pas fait des dispositions inofficieuses; et par conséquent, on doit, en la liquidant, faire abstraction de tout ce qui peut se prendre dans les biens du défunt, sans avoir la qualité d'héritier, ou, pour dire la même chose en d'autres termes, tout ce qui ne fait point partie de la succession proprement dite.

De là résulte une règle très lumineuse: c'est qu'on doit comprendre dans l'imputation tout ce qu'on n'aurait pas pu avoir *ab intestat* sans se rendre héritier; et qu'il faut au contraire en exclure tout

Source : BIU Cujas

ce qu'on aurait pu recueillir, même en renonçant à la succession.

D'après cela, il est aisé de résoudre les différentes questions qui s'élèvent communément sur cette matière.

II. On demande d'abord s'il faut imputer le retranchement qui se fait au profit des enfans en vertu de la loi *hac edictali*, ou de l'édit des secondes nôces?

Ricard prouve très bien qu'il n'est point nécessaire d'avoir la qualité d'héritier, pour prendre part à ce retranchement; et c'est ce qu'a jugé clairement un arrêt du 4 juillet 1606, qu'il rapporte. Il faut donc décider, conformément au second membre de notre règle, que l'imputation ne doit point embrasser cet objet; et c'est en effet ce qui résulte de la loi *hac edictali* elle-même. « Ce texte (dit Lebrun), marque assez que le législateur entend donner le retranchement qu'il ordonne sans préjudice de la Légitime, et sans que ce retranchement puisse être imputé sur la Légitime, lorsqu'après avoir dit que la mère qui se remarie ne peut pas donner à son second mari, plus qu'à celui des enfans qui prend le moins en sa succession, il ajoute : *Ita tamen ut quarta pars quæ eisdem liberis debetur, ex legibus nullo modo minuatur, nisi ex his causis quæ de inofficioso excludunt querelam* ».

Cette décision est cependant combattue par Jacques de Ravenna, Cynus et Ancharanus : mais l'avis de ces auteurs est trop contraire à la loi que nous venons de rapporter, pour qu'il soit possible de l'admettre; aussi a-t-il été rejeté formellement par deux arrêts du parlement de Toulouse : l'un de 1573, rapporté par Larocheflavin; l'autre du mois de mai 1588, rapporté par Maynard.

Les enfans peuvent aussi prendre leur part dans les gains nuptiaux, quoiqu'ils ne soient héritiers ni de leur père ni de leur mère; c'est même la disposition expresse de la novelle 22, chap. 20 : on ne peut donc pas imputer ces gains sur leur Légitime. Bretonnier le décide ainsi dans ses Observations sur Henrys, tome 2, liv. 4, quest. 1; et cela sans difficulté.

III. En est-il de même du droit de *dévolution*, dont nous avons parlé sous ce mot, et qui est si connu dans les provinces de Hainaut, de Brabant, de Liège, d'Alsace, etc.?

Nous avons rendu compte à l'article cité, de deux arrêts des conseils de Brabant et de Malines, qui l'ont déclaré exempt de l'imputation dans la Légitime. Le parlement de Flandre en a rendu un semblable le 15 juillet 1698 (1) : mais, comme nous l'avons observé au même endroit, la jurisprudence de cette cour est aujourd'hui fixée pour l'opinion contraire (1), et c'est la plus juridique : elle découle directement du principe, qu'on doit imputer tout ce qu'on prend à titre d'héritier; car ce titre est indispensable pour profiter du bénéfice de la dévolution, comme l'établit Stockmans, *de jure devolutionis*.

On demandera sans doute comment il est possible que cette question ait lieu : et en effet, en admettant l'opinion démontrée ci-dessus, sect. 2, §. 1, n. 2, que les qualités d'héritier et de légitimaire s'excluent mutuellement, on ne voit pas du premier coup-d'œil comment un enfant qui recueille les biens *dévolus* que son père a laissés, pourrait demander une Légitime, ni réciproquement par quel moyen un enfant qui opterait d'abord sa Légitime, pourrait encore prendre part aux biens dévolus.

Il n'y a cependant rien en cela qui doive surprendre. On sait que dans nos mœurs une même personne peut laisser plusieurs successions, et avoir des héritiers de différentes espèces : c'est une des règles du droit coutumier de Loysel : *Les Français*, dit-il, *comme gens de guerre, ont reçu divers patrimoines et plusieurs sortes d'héritiers d'une seule personne.* Cette maxime se vérifie sur-tout par rapport à celui qui laisse en mourant des biens *dévolus* et des biens libres; car il est permis aux enfans appelés aux uns et aux autres, de se tenir aux premiers, et de répudier les seconds; c'est ce que nous avons prouvé à l'article *Dévolution*, par les dispositions qu'en renferment implicitement les chartes du Hainaut et la coutume d'Arras : Stockmans établit la même chose, *de jure devolutionis*, chap. 13, n. 7. Il faut donc considérer les biens *dévolus* comme formant une succession toute différente de celle que composent les biens libres.

D'après cela, il est clair qu'un fils peut prendre tous les biens dévolus qu'il trouve dans la succession de son père, et en outre demander sa Légitime sur les biens libres : il n'y a point en ce cas

(1) Cet arrêt est ainsi rapporté par Pollet : « Par l'ancienne coutume de la ville de Tournai, qu'on suit encore aujourd'hui pour les villages de Calonne, Hollain, Jollain, Merlin, Faintegnies, et plusieurs autres du Tournesis, qu'on appelle communément les dix-sept villages, il est dit que l'homme veuf avec enfant s'étant remarié, ne peut obliger les héritages qu'il a possédés en commun avec sa première femme, et que les enfans en sont comme tenus pour propriétaires et héritiers, à la charge de l'usufruit de leur père; mais que s'il lui en naît aussi de son deuxième mariage, il crée de nouveaux héritiers dans la moitié desdits héritages. Il a été jugé par l'arrêt que nous venons de rapporter, que la part que les enfans des premières nôces prennent en cette moitié, ne doit pas leur être précomptée sur leur Légitime dans les biens du père ».

(1) Aux arrêts que nous avons rapportés sous les mots *Dévolution coutumière*, §. 2, n. 23, il faut joindre celui qui a été rendu le 31 janvier 1716, au rapport de M. Hattu de Véhu, entre Marie-Catherine Lardenot de Ville, veuve d'Ernest d'Haynin, tutrice et noble-gardienne de ses enfans, d'une part; et Charles-François, comte de Choiseul, d'autre part. Par cet arrêt, la cour, avant faire droit sur une demande en rescision formée par celui-ci, l'a admis à la preuve de la lésion qu'il prétendait se trouver dans la fixation de la Légitime de sa mère sur les biens de ville et châtellenie de Lille, *en imputant néanmoins sur la dite Légitime, ceux à elle dévolus du chef de Marie-Catherine-Emmanuel de la Biche sa mère, situés en la province du Hainaut.*

Source : BIU Cujas

d'incompatibilité entre les qualités d'héritier et de légitimaire, parcequ'elles s'exercent sur deux hérédités différentes (1). Mais comme la Légitime n'affecte pas spécialement tel ou tel patrimoine, et qu'elle se répand au contraire sur l'universalité des biens du défunt, il est juste que la succession des biens dévolus serve à acquitter de cette charge la succession des biens libres, et de là vient l'imputation de l'une sur la Légitime due par l'autre.

IV. Doit-on imputer dans la Légitime de l'aîné ce que la coutume lui donne à titre de preciput et de portion avantageuse?

Cette question est assez controversée en Hollande et en Allemagne, où il se trouve des fiefs qu'on appelle *ex pacto et providentiâ*, et d'autres qu'on qualifie d'*héréditaires;* mais elle paraît fort simple dans notre droit coutumier. — C'est un principe universellement reçu parmi nous, qu'on ne peut pas jouir du droit d'aînesse sans se rendre héritier, non seulement dans les biens soumis à ce droit, mais encore dans les autres; il n'est donc pas possible, comme nous l'avons établi ci-dessus, que la Légitime concoure avec l'exercice réel du droit d'aînesse; et par conséquent il ne peut pas être question d'imputer sur l'une ce qu'on prend en vertu de l'autre. Le seul effet que produit la réunion de la qualité d'aîné avec celle de légitimaire, est que la Légitime est plus forte en ce cas qu'elle ne le serait à l'égard d'un puîné, parcequ'elle se mesure toujours sur la portion héréditaire, qui est moindre pour celui-ci que pour celui-là.

V. Cette jurisprudence doit naturellement s'appliquer au droit de *maîneté;* cependant la coutume du chef-lieu de Valenciennes en décide autrement: elle porte, art. 141, que *le droit de maîneté, tant héritière* (c'est-à-dire, immobilier) *que meublière, sera imputé en la Légitime du maîné.* — Cette disposition ne détruit pourtant pas la règle que nous avons prise pour guide sur la question de savoir si les biens que donne la loi, sont sujets à l'imputation; elle ne fait au contraire que la confirmer. C'est ce qui résulte nettement de deux points incontestables: l'un, que le maîné peut, dans la coutume de Valenciennes, se porter héritier dans son seul droit de maîneté, et renoncer aux autres biens; l'autre, qu'il a droit de Legitime sur les biens auxquels il renonce, en y imputant ce qu'il a pris en vertu du droit dont il s'agit.

Le premier point supposé, le second ne peut plus souffrir de difficulté, d'après ce que nous venons de dire au sujet de la dévolution; car les raisons qui prouvent, et la compatibilité du titre d'héritier dans les biens dévolus avec celle de légitimaire dans les biens libres, et la nécessité d'imputer dans l'exercice de cette dernière qualité tout le profit qui revient de la première, ces mêmes raisons militent pour établir que l'enfant à qui il est permis de se porter héritier dans un droit de maîneté seulement, peut réunir à ce titre celui de légitimaire dans les autres biens, et doit imputer sur sa Légitime tout l'avantage qu'il tire de sa qualité de cadet.

Reste donc à faire voir qu'on peut, dans la coutume de Valenciennes, se déclarer héritier du seul droit de maîneté; et c'est ce que prouvent les art. 158 et 161 de cette loi municipale. Ces deux textes portent que les créanciers d'un défunt ne peuvent se pourvoir sur les biens *levés par droit de maîneté*, qu'après avoir épuisé les autres biens. Pollet rapporte un arrêt du parlement de Flandre, du 12 janvier 1697, qui a ordonné, sur le fondement de cette disposition, qu'un créancier saisissant à la charge d'un maîné, serait tenu de faire discuter préalablement les meubles et les autres biens que celui-ci indiquerait. Il résulte clairement de là, qu'un enfant maîné peut n'avoir pas d'autres biens de la succession de son père et de sa mère, que ceux qui sont compris dans son préciput, tandis que ses frères et ses sœurs possèdent le reste: et certainement cela ne peut provenir que de la faculté dont il jouit de pouvoir borner sa qualité d'héritier au droit de maîneté, afin de n'être soumis aux dettes qu'après la discussion totale des autres biens de l'hérédité.

VI. Les réserves coutumières sont-elles sujettes à l'imputation?

Cette question est, en d'autrus termes, la même que celle de savoir si le droit d'aînesse, considéré suivant le droit commun de la France, doit être imputé dans la Légitime; et il faut répondre en général qu'il ne peut pas s'agir ici d'imputation, attendu que les réserves coutumières ne pouvant se prendre qu'à titre d'héritier, ne concourent jamais avec la Légitime, qui suppose une renonciation à ce titre. « C'est (dit Denisart), ce qui a été jugé par sentence des requêtes du palais, du 16 janvier 1733, rendue entre les quatre enfans de M. de Pomereu, dont l'un était légataire universel; les trois autres demandaient, l'un la totalité des quatre quints des propres, et les deux autres leur Légitime entière. La sentence a jugé que M. de Pomereu l'aîné, optant les réserves coutumières, aurait, en qualité d'héritier, le tiers des quatre quints des propres; que les deux autres préférant la Légitime de droit aux réserves coutumières, chacun d'eux aurait sa Légitime en entier; et que le surplus des biens appartiendrait au légataire universel, qui était un quatrième enfant. Cette sentence a été confirmée par arrêt rendu en la grand'chambre, le 20 août de la même année 1733 ».

Il y a cependant un arrêt du 18 mars 1706, qui en a décidé tout autrement, puisqu'il a jugé, s'il en faut croire Maillart, sur l'art. 74 de la coutume d'Artois, « que le fils grevé aurait son quint naturel en vertu de la coutume d'Amiens; et outre cela, la moitié de sa portion *ab intestat* dans les biens libres régis par la coutume d'Amiens ». — On sent

(1) C'est ainsi que dans les coutumes où l'on ne peut pas être à la fois héritier et légataire, une même personne ne laisse pas de recueillir un propre paternel à titre de succession, et un propre maternel à titre de legs. *V. Héritier*, sect. 6, §. 10.

Source : BIU Cujas

que cette décision, si elle est rapportée fidèlement, ne peut pas être tirée à conséquence; aussi a-t-elle été rejetée par l'arrêt que nous venons de retracer d'après Denisart.

Mais que faudrait-il décider dans le cas où les réserves se trouveraient situées dans une autre coutume que celle des biens sur lesquels on demanderait une Légitime? Il est évident qu'alors il n'y aurait pas d'incompatibilité entre les qualités d'héritier et de légitimaire, et que par conséquent on pourrait faire concourir les réserves avec la Légitime: c'est ce qui résulte, 1° du principe établi à l'art. *Héritier*, sect. 6, §. 10, qu'il y a dans nos mœurs autant de successions que de patrimoines situés en différentes coutumes: 2° de la maxime développée ci-dessus relativement aux biens soumis à la dévolution, que les qualités d'héritier et de légitimaire n'ont rien d'incompatible entre elles, lorsqu'elles s'exercent sur des patrimoines différens.

Mais on demande si, dans ce cas, l'excédant des réserves sur la Légitime due par les biens de la coutume qui les défère, ne doit pas s'imputer sur la Légitime à prendre dans les biens des autres coutumes.

Les raisons qui nous ont porté à l'affirmative par rapport à la dévolution, militent ici avec la même force: l'obligation de fournir des alimens, qui est la source de la Légitime, se répand sur toute la masse des biens du défunt, sans cesser pour cela d'être une; ainsi, quoique ces biens forment différentes successions par la variété des coutumes qui les régissent, il n'en est pas moins vrai qu'ils ne doivent tous ensemble qu'une Légitime, et que par conséquent ce que les uns payent au-dessus de leur quote part, doit servir à l'acquittement des autres.

C'est par ce motif qu'ont été rendus sept arrêts conformes à l'avis que nous soutenons.

Le premier est du 13 mars 1666; en voici l'espèce, tirée du Journal des audiences. — Madeleine de Geneste avait laissé dans sa succession des biens régis par les coutumes de Bordeaux et de Saint-Sever: M. de Geneste son père, président au parlement de Bordeaux, demanda sa Légitime entière dans la première de ces coutumes, suivant la disposition qu'elle en contient, art. 57, et prétendit en outre recueillir les acquêts et les propres paternels régis par la seconde, conformément à l'art. 43 du titre *des successions*. Après d'assez longues procédures au parlement de Bordeaux, il intervint plusieurs arrêts, et un entre autres du 28 août 1638, qui adjugeait à M. de Geneste tous les meubles et acquêts de la coutume de Saint-Sever, et le tiers de ceux de la coutume de Bordeaux pour son droit de Légitime. M. de Geneste, qui croyait n'en avoir pas encore obtenu assez, se pourvut en requête civile, et fit renvoyer l'affaire au parlement de Paris: mais il fut trompé dans son attente; par l'arrêt cité, « la cour, faisant droit sur le tout, ayant égard aux lettres d'ampliation et de requête civile, du 29 août 1663, obtenues contre l'un des chefs de l'arrêt du 28 août 1638, qui aurait adjugé audit de Geneste tous les acquêts faits en la coutume de Saint-Sever ....., et icelles entérinant, a remis les parties en tel état qu'elles étaient avant ledit arrêt, en ce que par icelui la totalité des acquêts qui avaient appartenu à Madeleine de Geneste par la succession de Jeanne Darbo sa mère, situés dans la coutume de Saint-Sever, aurait été adjugée audit de Geneste, comme héritier de sa fille; ce faisant, ordonne que ledit de Geneste ne pourra prétendre èsdits biens de Saint-Sever que le droit de Légitime seulement ».

Le second arrêt est du 12 mars 1715; c'est celui du prince de Carignan, rapporté ci-dessus, sect. 6, n. 12.

Le troisième a été rendu au parlement de Grenoble, le 16 août 1719, entre madame la présidente Amelot et le marquis de Brion. Ce dernier prétendait que sa Légitime dans les biens de M. de Brion, consistait, par rapport à la coutume d'Auvergne, dans les trois quarts des biens qu'elle met en réserve. Madame Amelot soutenait au contraire que cette réserve n'avait rien de commun avec la Légitime; que l'une devait s'imputer sur l'autre, et qu'elle acquittait les biens des autres coutumes quand elle suffisait. Voici le dispositif de l'arrêt sur ce chef de contestation: « Quant à la Légitime de droit demandée par ledit de Brion de son chef, et de celui de ses frères et sœurs décédés, la cour ordonne qu'elle sera prise et liquidée sur le total des biens délaissés par ledit de Brion père dans la coutume de Paris et dans celle d'Auvergne, et icelle Légitime réglée sur le pied du dixième pour chacun desdits enfans, suivant l'art. 298 de la coutume de Paris; et à l'égard des biens d'Auvergne, selon la quotité de la Légitime dans la coutume d'Auvergne; sur la demande dudit de Bion, de la réserve coutumière d'Auvergne, a mis hors de cour et de procès ».

Le quatrième arrêt est intervenu au parlement de Paris le 7 septembre 1724. — Le sieur de la Ferté Senneterre avait fait un testament, par lequel il instituait pour ses heritiers le maréchal de la Ferté et le marquis de Châteauneuf ses deux fils, avec charge de substitution graduelle, perpétuelle, linéale et masculine. Les deux institués passèrent entre eux des arrêts par lesquels, sous le prétexte de la distraction de leur Légitime, ils diminuèrent considérablement les substitutions: le marquis de Châteauneuf prit dans la coutume d'Auvergne les trois quarts dont cette loi défend la disposition; et quoique ces biens fussent suffisans pour remplir sa Légitime, eu égard à toute la succession, il n'avait pas encore laissé de la prendre dans les coutumes de Paris, d'Orléans et d'Estampes. Mais il y eut opposition à ces arrêts de la part d'un des appelés aux substitutions: et par l'arrêt cité, la cour ordonna que le marquis de Châteauneuf aurait pour toute Légitime, dans la coutume d'Auvergne, le tiers de sa portion *ab intestat*, con-

Source : BIU Cujas

formément à la novelle 18, et que l'excédant des trois quarts réservés sur cette Légitime, serait imputé sur les biens situés dans les autres coutumes en général.

Le cinquième est du 10 avril 1737. Voici comment il est rapporté par Lépine de Grainville : « Jean Dauche avait par son testament institué héritière universelle Jeanne Dauche, mère de Gizolme, et il avait fait un legs particulier à sa fille posthume Madeleine Dauche. Celle-ci, au lieu de profiter du legs qui lui avait été fait, demandait les trois quarts des biens situés dans la coutume d'Auvergne, et la Légitime sur les biens régis par le droit écrit ; ce qui donnait lieu à la question.... Jugé par les principes et les motifs d'équité, plutôt que par l'autorité des auteurs, que l'enfant héritier *ab intestat* ne peut demander en même temps les réserves dans une coutume, et la Légitime dans une autre, en la quatrième chambre des enquêtes le 10 avril 1737 ». — L'Épine de Grainville ajoute : « Lors de l'opinion, M. Dupré, l'un des juges de cette affaire, rendit compte que la même question avait été partagée en la troisième chambre des enquêtes, et qu'elle avait été départagée en la quatrième, et jugée comme ci-dessus en 1723 ».

Le septième arrêt est celui qui a été rendu en révision au parlement de Flandre, le 15 décembre 1764. Il porte que le sieur Levaillant de Waudripont, réduit à sa Légitime par le testament de son père, *pourra retenir la totalité de ce qui lui est échu par les dispositions des coutumes dans les biens indisponibles de ladite succession, en imputant et moins prenant sur sa part et portion légitimaire dans les biens disponibles, la valeur de ce qu'il aurait retenu au-dessus de sadite part et portion légitimaire dans les biens indisponibles* (1).

Voilà sans doute une jurisprudence solidement établie. On cite cependant des arrêts qui y sont ou qui y paraissent contraires, et nous ne devons pas les laisser inconnus.

Le plus ancien est du 3 février 1541 ; en voici l'espèce, telle qu'elle est rapportée par Boullenois. — « Imbert de Parthenay, domicilié en pays de droit écrit, possédait des immeubles, tant en pays de droit écrit qu'en pays de coutume : il avait eu un fils unique qui était décédé, et qui avait laissé un fils, René de Parthenay, et une fille, Anne de Parthenay. — Imbert de Parthenay, aïeul, institua pour son héritier René de Parthenay, sieur du Bouchage, son petit-fils. Son testament donna occasion à la question qui s'éleva après sa mort entre ce même René de Parthenay, héritier institué, et Anne de Parthenay sa sœur, épouse du sieur Dulude. Anne de Parthenay réclamait dans les biens de coutumes ses portions et réserves coutumières ; elle prétendait que le testateur n'avait pu l'en frustrer par ses dispositions testamentaires, et outre cela elle demandait sa Légitime sur les biens de droit écrit. — A cette demande, son frère opposait que, puisqu'elle revendiquait la portion que la coutume avait affectée au sang et à la ligne, il fallait qu'elle en tînt compte sur la Légitime de droit écrit : mais elle répondait que la masse des biens de coutume, et la masse des biens de droit écrit étaient deux masses entièrement différentes ; qu'ainsi, la première lui devait la portion réservée par la loi, que la seconde lui devait une Légitime ; et que ces deux dettes lui étant acquises par différentes lois et sur différens territoires, il serait ridicule que l'une acquittât l'autre, et que le bien de coutume servît à payer la dette du droit écrit. — La question fut débattue par deux célèbres avocats, François de Montholon pour l'héritier institué, et Gabriel de Marillac pour la fille qui se portait légitimaire en droit écrit. Le rapporteur était encore plus célèbre ; c'était M. de l'Hôpital, depuis chancelier. — Il fut jugé pour Anne de Parthenay, qu'elle aurait les réserves coutumières en pays de coutume, et la Légitime en pays de droit écrit, sans aucune imputation sur cette Légitime du droit écrit, de ce qui excédait, dans les réserves coutumières, la Légitime des pays de coutume ».

D'après cet exposé, l'arrêt paraît avoir jugé qu'on peut syncoper l'option, choisir les réserve-coutumières dans un pays, et la Légitime dans un autre, sans imputation ; et c'est ainsi qu'en parle Dumoulin sur l'art. 92 de l'ancienne coutume de Paris. Mais ce qu'on lit dans le même auteur sur l'article suivant, fait naître une toute autre idée, et donne lieu de croire qu'on a seulement jugé que les Légitimes se règlent suivant les différentes lois de la situation. *Judicatum*, dit-il, *quòd Legitima debet diverso modo æstimari, secundùm diversos usus locorum et consuetudinum, ac si essent diversa patrimonia.* On a vu plus haut, sect. 6, que Papon a parlé de cet arrêt dans le même sens, et Charondas l'a entendu de même en ses réponses, liv. 10, chap. 39. Ainsi, tout ce qu'on peut en conclure, c'est qu'en 1541, on confondait la réserve coutumière avec la Légitime de droit : mais il y a long-temps que cette erreur est bannie des tribunaux.

La même réponse s'applique à un autre arrêt rapporté par Peleus, quest. 134, qui a jugé pour la comptabilité des réserves coutumières du Poitou, avec la Légitime dans les biens de droit écrit, sans imputation.

Le parlement de Flandre a également décidé par arrêt du 7 avril 1690, que la dame de Hauteroche devait avoir sa Légitime de droit dans les biens de la Flandre gallicane, et prendre en outre le tiers affecté aux puînés dans les fiefs régis par les coutumes d'Ypres et de Courtrai. Mais cet arrêt n'a pas encore eu d'autre motif que la confusion de la réserve avec la Légitime ; témoin le détail que le président Dubois d'Hermanville nous donne des moyens sur lesquels il a été rendu. — On soutenait, dit-il, de la part de l'héritier, que les coutumes

(1) Ajoutez à ces arrêts le jugement rendu entre les maisons de Condé et de Conti, qu'on a cité plus haut, sect. 2, §. 3, n. 6.

Source : BIU Cujas

d'Ypres et de Courtrai ne réglant pas la quotité de la Légitime, c'était par le droit écrit qu'il fallait la déterminer ; et l'on concluait de là, que la dame de Hauteroche ne pouvait avoir qu'un neuvième des fiefs, au lieu du tiers qu'elle prétendait. — « On soutenait au contraire, de la part de la légitimaire, que la Légitime était due de droit naturel ; que les coutumes et les lois avaient, à la vérité, l'autorité d'en régler la quote ; mais que les coutumes d'Ypres et de Courtrai avaient des dispositions assez formelles pour ne pas donner lieu de recourir au droit, puisqu'elles réglaient la part que les puînés devaient prendre dans les fiefs ; et cette portion était le tiers, au préjudice duquel le père n'avait pu disposer... ; et c'est à cette considération que la cour s'est arrêtée en décidant cette question ». — Une chose remarquable dans cet arrêt, est que les défenseurs des parties ne paraissent pas avoir dit la moindre chose de l'imputation du tiers indisponible de la Légitime due par les biens libres ; ainsi, on ne doit pas trouver surprenant que cette imputation n'ait pas été ordonnée.

Le quatrième arrêt qu'on peut nous opposer, est celui du 20 mai 1702, qui est rapporté à l'article *Héritier*, sect. 6, §. 10, n. 10 ; il confirme une sentence du châtelet, qui *fait délivrance au fils du legs universel porté par le testament de son père ; en conséquence lui adjuge tous les biens de Paris, la Légitime réservée à la sœur, et ordonne qu'on viendra à partage dans la coutume de Meaux.* Cet arrêt paraît juger qu'on peut être héritier dans une coutume, et légitimaire dans une autre, sans rien imputer ; mais c'est une fausse apparence ; la seule question qu'on ait agitée dans cette cause, était de savoir si le fils pouvait réunir la qualité de légataire universel des biens de Paris, à celle d'héritier portionnaire dans les biens de Meaux : l'arrêt a adopté l'affirmative, et n'a rien jugé de plus ; car ces termes, *la Légitime réservée à la sœur*, n'avaient été insérés dans la sentence du châtelet, que pour faire entendre que la fille aurait eu son recours sur les biens de Paris pour sa Légitime, au cas que les biens de Meaux n'eussent pas suffi pour la remplir.

On ne nous objectera pas sans doute l'arrêt de la marquise de Tessé du 5 septembre 1744 ; car il a seulement jugé, comme on l'a vu plus haut, sect. 2, §. 3, que la réserve coutumière tenait lieu de Légitime en Normandie ; et les parties convenaient que si la coutume de cette province n'avait pas confondu ces deux droits, comme elle le supposait faussement, l'imputation n'aurait souffert aucune espèce de difficulté.

VII. On a fait voir ci-dessus, sect. 3, §. 2, que la jurisprudence des arrêts a modifié, par l'introduction d'une Légitime, l'article de la coutume de Toulouse qui prononce contre la mère une exclusion totale de l'hérédité de son fils. De là naît une question assez analogue à celle que nous venons d'agiter : c'est de savoir si la mère est obligée d'imputer sur la portion légitimaire qu'on lui donne dans la coutume dont il s'agit, ce qu'elle recueille ailleurs à titre d'héritière.

L'affirmative ne serait susceptible d'aucun doute, si c'était par les principes que cette question dût se décider ; car les raisons qui militent pour l'imputation des réserves coutumières, reçoivent ici l'application la plus directe et la plus juste : mais peut-on réclamer les principes pour régler une Légitime qu'ils rejettent ? Une portion qui a été introduite contre l'esprit de la loi, ne doit-elle pas avoir des règles toutes particulières ? Il ne faut donc pas trouver surprenant que le parlement de Toulouse ait encore favorisé la mère sur ce point : « Nos arrêts (dit Catellan), ont décidé que la mère, dans le cas que nous traitons, n'est pas obligée d'imputer sur la Légitime qu'elle a sur les biens de son fils, sis dans le gardiage, les biens sis hors du gardiage auxquels elle succède *ab intestat.* C'est ainsi que cette question fut décidée entre Azemace, mère, et Rangouse, oncle du défunt, par arrêt du mois de janvier 1655, en la première chambre des enquêtes, conforme à d'autres rapportés par Larocheflavin et Maynard. Ce serait en effet priver indirectement la mère de sa Légitime sur les biens du gardiage, si on lui faisait imputer ce que, de droit commun, elle reçoit de la succession *ab intestat* de son fils pour les autres biens ».

Il ne serait peut-être pas difficile de faire voir que cette jurisprudence n'est pas aussi contraire aux véritables maximes qu'elle le paraît. — Il est constant qu'une portion héréditaire dans certains biens ne doit jamais être imputée sur une autre portion héréditaire qu'on prend dans des biens d'une espèce différente. Or, la Légitime dont il s'agit, est une portion qu'on peut plutôt appeler héréditaire que légitimaire ; car il n'y a point de Légitime dans les successions *ab intestat ;* ce n'est qu'un remède d'humanité contre les dispositions injustes et inofficieuses de l'homme, et il n'est pas possible d'en apercevoir le vrai caractère dans ce qu'on recueille, lorsque l'homme n'a point disposé.

VIII. Autre question. Les quartes falcidie et trébellianique peuvent-elles concourir avec la Légitime, et doivent-elles y être imputées ?

Ne perdons pas de vue notre grand principe : les qualités d'héritier et de légitimaire sont incompatibles dans la même succession. Si donc les quartes falcidie et trébellianique ne peuvent être recueillies qu'à titre d'héritier, il est impossible que le droit de les distraire concoure dans une même personne avec celui de prendre une Légitime, et conséquemment qu'il soit question de les imputer dans cette portion.

Que la falcidie ne puisse pas être demandée sans la qualité d'héritier, c'est une vérité qui résulte de la définition même de cette quarte : *lata est lex falcidia quâ cavetur ne plus legare liceat quàm dodranten totorum bonorum, id est, ut sive unus heres institutus sit, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneat ;* ce sont les termes

Source : BIU Cujas

de Justinien en ses Institutes, liv. 2, tit. 22, §. 1. Aussi la loi 14, D. *ad legem falcidiam*, dit-elle que la fille instituée par son père, fera, à titre d'héritière, la distraction de la falcidie sur les legs dont elle est chargée : *falcidiam quidem jure hereditario filiam habituram respondi.* Et ce qui tranche toute difficulté, c'est qu'on ne doit imputer sur la falcidie que ce qu'on a reçu du défunt par droit héréditaire : la loi 91, D. *ad legem falcidiam*, le décide ainsi ; et il y en a une foule d'autres qui font entendre la même chose.

De là il résulte, comme nous l'avons annoncé d'avance, qu'une même personne ne peut jamais réunir le droit de Légitime et celui de falcidie ; et c'est ce qui est établi par la loi 1, §. 14, D. *si qui plus quàm per legem falcidiam ;* par la loi 11, §. 5, D. *ad legem falcidiam ;* et par la loi 41, §. 6, D. *de vulgari et pupillari substitutione.*

A l'égard de la trébellianique, il est également certain qu'elle met celui qui veut la recueillir, dans la nécessité de se porter héritier, puisque le grevé qui se laisse contraindre d'accepter l'hérédité pour n'en pas supporter les charges, et qui par conséquent n'est héritier que de nom, perd tout le droit qu'il avait à cette quarte, suivant la loi 14, §. 4, D. *ad Trebellianum.* Aussi est-il incontestable dans le droit romain, qu'elle ne peut jamais concourir avec la Légitime : Ricard et Voët le démontrent parfaitement ; cela est d'ailleurs assez clairement établi par la loi 6, C. *ad Trebellianum*, et par le ch. 1 de la novelle 39.

Cependant une mauvaise interprétation des Décrétales 16 et 18, *de testamentis*, qui n'avaient été faites que pour développer un articles des usages de Lombardie, a introduit, non seulement en France, mais encore dans presque tous les états policés, la distraction de la trébellianique concurremment avec celle de la Légitime ; et une erreur en amenant une autre, on a étendu cet usage à la falcidie : en sorte qu'aujourd'hui une seule personne peut distraire à-la-fois ces trois différentes portions, sans être obligée de les imputer respectivement l'une sur l'autre. C'est ce que l'ordonnance de 1735 a confirmé de la manière la plus précise : *Ceux qui ont droit de Légitime*, porte l'art. 56 de cette loi, *et qui auront été institués héritiers, pourront faire distraction de la quarte falcidie sur les legs, et de la quarte trébellianique sur les fidéicommis, et retenir en outre leur Légitime.*

Il ne faut cependant pas conclure de cette disposition, que les qualités d'héritier et de légitimaire soient plus compatibles dans nos mœurs qu'elles ne l'étaient chez les Romains ; car tout ce qui est introduit contre les principes, ne peut jamais être tiré à conséquence.

Mais comment doit s'opérer la distraction de la Légitime et des deux quartes ? Le bien substitué doit-il d'abord souffrir un premier retranchement pour contribuer au paiement de la Légitime ; et, après cela, c'est-à-dire, lors de l'ouverture du fidéicommis, sera-t-il encore sujet à la distraction de la quarte trébellianique à prendre sur ce qui en restera, la Légitime déduite ? — Ou bien, sont-ce les légataires seulement qui doivent fournir à l'héritier sa Légitime et la quarte falcidie, en sorte que l'immeuble substitué ne serait sujet qu'à la quarte trébellianique ; et dans ce cas, l'héritier ne serait-il pas tenu de faire raison aux légataires, sur sa Légitime et sa quarte falcidie, de la valeur de la quarte trébellianique et de la jouissance qu'il aura pendant sa vie du restant de l'immeuble substitué ? — Ou bien, enfin, comme la substitution peut devenir caduque par le prédécès de ceux qui y sont appelés, les légataires sont-ils en droit de demander que l'héritier impute sur sa Légitime et sur sa quarte falcidie, la valeur de la totalité de l'immeuble substitué ? Mais dans ce cas, l'ouverture du fidéicommis arrivant, et les héritiers du grevé étant alors obligés de relâcher cet immeuble sauf la distraction de la quarte trébellianique, le grevé légitimaire n'aurait pas été rempli de sa Légitime et de sa quarte falcidie ; pour parer à cet inconvénient, ne serait-il pas fondé à exiger que les légataires donnassent caution et s'obligeassent à souffrir encore un retranchement sur leurs legs en faveur de ses héritiers, s'il arrivait que ceux-ci fussent évincés du restant de l'immeuble substitué, par l'ouverture du fidéicommis ?

De ces trois partis, il est facile de voir que le premier est le seul auquel on doit se tenir.

En effet, le second présente trois contraventions directes et formelles à des principes incontestables : contravention au principe que le bien substitué doit souffrir la distraction de la Légitime ainsi que de la trébellianique, et que la distraction de l'une ne peut pas empêcher celle de l'autre : contravention au principe que la Légitime doit se prendre sur toute l'hérédité, et que le bien légué n'y est pas plus sujet que le bien substitué : contravention au principe que le légitimaire n'est pas tenu d'imputer dans sa Légitime le revenu qu'il doit tirer pendant sa vie des biens substitués dans sa personne. (*V.* ci-devant, art. 1.)

Le troisième parti n'est pas plus proposable. En l'adoptant, le légitimaire n'aurait qu'une propriété incertaine et commutable ; il ne pourrait pas aliéner ; en un mot, il serait privé des avantages que les lois ont voulu assurer à la Légitime, lorsqu'elles ont décidé qu'elle ne doit souffrir *neque diem, neque moram, neque conditionem.* (*V.* ci-devant, sect. 7, §. 1.)

Remarquez au surplus que l'ordonnance de 1735 permet au testateur de défendre ce concours de distractions. Le parlement d'Aix avait cru devoir faire des remontrances contre cette permission. Mais voici ce que lui a répondu M. le chancelier d'Aguesseau le 23 novembre 1737 : — « La liberté que le roi a jugé à propos de laisser au testateur d'accumuler les distractions des quartes falcidie et trébellianique,

Source : BIU Cujas

avec celle de la Légitime, ne peut avoir rien de contraire aux principes du droit romain, qui ne connaissait point ce concours de trois distractions; et si un usage qui ne doit sa naissance qu'aux interprétations du droit canonique, a enfin prévalu dans cette matière sur les plus saines maximes de la jurisprudence, rien n'est plus naturel que de permettre au testateur de prohiber ce qui n'a été introduit que contre les règles du droit : on y a même apporté le tempérament de donner en ce cas, à ceux qui sont l'objet de l'art. 40, la faculté d'opter ce qui leur sera le plus avantageux, ou de leur Légitime, ou de ces distractions, lorsque le père ne les aura pas réduits précisément à la Légitime; et cette disposition a paru si équitable, qu'aucun des parlemens du royaume où le droit écrit a force de loi, n'a été frappé de la difficulté qu'on relève dans les remontrances de votre compagnie. — Le statut de Provence ne peut servir de fondement à cette difficulté, puisqu'on reconnaît qu'il ne contient aucune disposition précise sur ce point; et une enquête qu'un auteur dit avoir été faite à l'occasion d'un procès porté dans une autre province, ne peut balancer la force des principes du droit romain, sur le respect qui est dû à la libre volonté du testateur, et à la sagesse qui le porte à conserver, autant qu'il est possible, l'intégrité d'une substitution qu'il regarde souvent comme le salut de sa famille. — L'obligation que la nouvelle ordonnance lui impose, de faire sa prohibition en termes exprès, est conforme à l'esprit du statut de Provence. Il a supposé que la prohibition devait être expresse, et il n'a fait qu'autoriser une des manières de l'exprimer. En effet, une défense précise est le seul moyen de prévenir toutes sortes de contestations sur ce sujet; et d'ailleurs, on ne doit pas craindre que pareilles questions puissent se présenter à l'avenir, parceque les testateurs, avertis par une loi publique, ne manqueront pas d'expliquer leurs volontés dans les termes les plus exprès ». — *V. Quarte falcidie* et *Quarte trébellianique*.

§. IX. La loi du 18 pluviose an 5 a fait, en matière d'imputation, une innovation fort extraordinaire, mais momentanée. Elle a voulu, art. 2, que les *réserves* contenues dans les donations par contrat de mariage et dans les institutions contractuelles, antérieures à la loi du 5 brumaire an 2, et dont les auteurs vivaient encore à l'époque de la promulgation de cette loi, fussent, à défaut de disposition valable de la part de ceux-ci, considérées comme « faisant partie de la succession *ab intestat*, et partagées également entre tous les héritiers autres que les donataires et les institués, *sans imputation sur les Légitimes ou portions de Légitimes*, dont les héritiers ou donataires auraient été grevés ».

De cette disposition sont nées, comme nous l'avons dit au mot *Donation*, sect. 1, §. 1, n. 5, des questions qui trouvent naturellement ici leur place.

Le 21 janvier 1781, le sieur Chassaing père, mariant Antoine-Bernard son fils aîné, l'institue son héritier universel, sous la réserve d'une somme de 30,000 liv. dont il pourra disposer à son gré, et à la charge de payer à chacun de ses autres enfans, frères et sœurs de l'institué, une somme de 12,000 liv., tant pour leurs droits paternels que pour leurs droits maternels. — Il meurt en l'an 7, sans avoir disposé de la réserve.

Les frères et sœurs de l'aîné le font assigner en paiement de leur Légitime et de la somme de 30,000 liv. réservée par le père. — Antoine-Bernard Chassaing répond qu'ils ne peuvent pas cumuler la réserve avec la Légitime; et que s'ils entendent se faire payer celle-ci, ils doivent renoncer à celle-là.

Jugement qui condamne Antoine-Bernard Chassaing à payer l'une et l'autre. Appel.

Par arrêt du 7 prairial an 9, la cour d'appel de Riom prend un terme moyen : elle juge, en faveur des puînés, qu'ils ont droit à la réserve en même temps qu'à la Légitime; mais elle juge contre eux qu'ils doivent imputer sur leur Légitime la portion de la réserve qui entre dans la composition de la Légitime elle-même.

De là deux recours en cassation : l'un, de la part d'Antoine-Bernard Chassaing, l'autre de la part de ses frères et sœurs.

Le premier expose que la cour d'appel de Riom s'est trompée dans son arrêt, sur le sens des termes de la loi, *Légitimes dont les héritiers ou donataires auraient été grevés;* et voici comment il cherche à le prouver. — « Il y a deux sortes de Légitimes; l'une de *droit*, l'autre de *convention*. La Légitime de droit est une portion des biens du défunt; l'héritier universel qui doit en souffrir la distraction, ne peut pas en être censé *grevé*, pas plus que l'héritier de la moitié d'une succession ne peut être censé grevé relativement à l'autre moitié, qu'il est tenu d'abandonner à ses cohéritiers. L'héritier universel n'est grevé, et ne peut l'être, que par une Légitime conventionnelle. — C'est donc de la Légitime conventionnelle, et non de la Légitime de droit, qu'entend parler l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5. Le sens de cet article est donc que l'héritier institué contractuellement doit remettre aux légitimaires et la réserve et la Légitime conventionnelle, Mais faire dire à cet article que les légitimaires peuvent cumuler la Légitime de droit avec la réserve, c'est déplacer sa disposition, c'est en faire une application souverainement fausse ».

Le 14 frimaire an 10, au rapport de M. Minier, arrêt qui, — « Attendu que l'art. 1 de la loi du 18 pluviose an 5 n'a maintenu les institutions contractuelles que pour avoir effet *conformément aux lois anciennes;* et que, selon les lois anciennes, l'institué ne conservait son institution qu'à la charge de la Légitime de droit, ou, en tout cas, d'un supplément de Légitime; — Attendu que l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5 a

Source : BIU Cujas

voulu que, dans le cas de non-disposition de la réserve, elle fasse partie de la succession *ab intestat*, soit également partagée entre les héritiers autres que l'institué, et ne soit diminuée par aucune imputation sur les Légitimes ou portions de Légitimes ; — Attendu que de ces deux dispositions combinées, il résulte que l'institué reste passible de la *réserve* et de la Légitime de droit ; — Rejette..... »

De leur côté, les légitimaires attaquent l'arrêt de la cour d'appel de Riom, en ce qu'il ne leur a pas accordé la totalité de la réserve avec la Légitime de droit. — « L'art. 1er de la loi du 18 pluviose an 5 (disent-ils), nous garantissait la Légitime de droit, telle que nous l'attribuait l'ancienne jurisprudence. L'art. 2 nous a accordé de plus la *réserve*, et a voulu qu'elle ne fût pas imputée sur la Légitime. L'arrêt de la cour d'appel est en opposition manifeste avec ce deuxième article ; il ne peut donc pas subsister. — Vainement a-t-on prétendu que cet article ne parle pas de la Légitime conventionnelle : c'est vouloir torturer la loi, que de lui prêter un pareil sens ; la loi emploie le mot *Légitime*, et ce mot ne désigne par lui-même que la Légitime de droit. — Le vœu du législateur, au 18 pluviose an 5, relativement aux *institutions contractuelles*, fut de modifier les dispositions de la loi du 17 nivose an 2, qui ne laissait à l'*institué* que ce qui lui était déjà *acquis* ; qui lui ôtait, pour le donner aux successibles, tout ce qui restait *disponible*, soit par *donation*, soit par *aliénation*. — Il parut au législateur que tant d'extension blessait la foi des contrats ; que dans l'intention de l'instituant et de l'institué, comme de ceux qui contractaient avec l'institué sur la foi de l'institution, la qualité d'institué avait dû lui assurer tous les biens de l'instituant, moins ceux que la loi assurait à ses successibles, et ceux dont positivement il se *réservait* de disposer. — En conséquence, le législateur rendit à l'institué tous les biens de l'instituant, moins la *réserve* et la *Légitime de droit*. — La disposition, ainsi entendue, fut alors un grand *bienfait* pour les institués : elle n'a pas cessé de l'être. Elle ne présente ni destruction des droits acquis, ni effet rétroactif. — La *réserve* dont l'instituant ne disposait pas, appartenait jadis à l'institué, non par la force de l'institution (puisqu'elle annonçait la volonté de l'en priver), mais par la force de la disposition légale qui réglait le mode d'hériter. — Or, changer les lois qui règlent les successions, faire que désormais nul n'hérite que selon les lois existantes à l'ouverture de la succession, ce n'est point là établir un effet rétroactif. — La réserve, d'après les lois anciennes, pouvait être donnée à un étranger. — En ce cas, l'institué avait à payer la *réserve*, plus les *Légitimes de droit*. Ainsi, en assurant aux successibles naturels ce qui semblait destiné à un étranger, la loi n'a fait aucun tort à l'institué ».

Sur ces raisons, arrêt du même jour 14 frimaire an 10, qui admet la requête des frères et sœurs d'Antoine-Bernard Chassaing.

Et l'affaire portée à la section civile, arrêt du 1er frimaire an 11, au rapport de M. Vergès, par lequel, — « Vu l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5 ; — Considérant que la section des requêtes du tribunal de cassation, en rejetant, par son jugement du 14 frimaire an 10, la demande en cassation d'Antoine-Bernard Chassaing, a irrévocablement décidé que les frères Chassaing, ses adversaires, étaient fondés à cumuler la réserve avec la Légitime légale ; que la seule question soumise aujourd'hui au tribunal, sur le pourvoi des frères Chassaing, consiste à savoir si le tribunal dont ils attaquent la décision, a violé l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5, en ordonnant de déduire de la réserve la portion qui avait servi à la computation des Légitimes ; — Considérant que le législateur a voulu, par l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5, que la totalité des réserves fît partie des successions *ab intestat* ; que les donataires ont été formellement exclus par cet article, du droit de prendre aucune part sur ces réserves ; que le législateur a voulu en outre qu'il ne fût fait aux légitimaires aucune imputation de la réserve sur les Légitimes ; qu'il résulte de cette prohibition d'imputation, que les légitimaires sont autorisés à prendre la totalité de la réserve, et à réclamer, conformément au droit commun, la Légitime sur la totalité des biens ; que la différence entre l'ancienne et la nouvelle législation est infiniment sensible, et vient encore à l'appui ; qu'en effet, d'après les anciennes lois, la réserve faite par le donateur, appartenait de plein droit au donataire, lorsque le donateur était décédé sans en avoir disposé ; qu'alors le légitimaire était réduit à la Légitime sur la totalité des biens ; que d'après la nouvelle législation, au contraire, la totalité de la réserve dont il n'a pas été disposé, appartient aux légitimaires ; que cette totalité de réserve leur appartient exclusivement, sans qu'ils puissent être tenus d'en imputer aucune partie sur les Légitimes qui leur sont dues, conformément au droit commun, sur la totalité des biens ; que ne pouvant y avoir, en effet, aucun doute sur les principes constans d'après lesquels la Légitime est prise sur la totalité des biens, le législateur s'est référé à cet égard au droit commun et aux anciennes lois ; qu'en se bornant à statuer sur les réserves dont il n'aurait pas été disposé, il les a adjugées en totalité aux légitimaires, sans aucune espèce d'imputation sur leurs Légitimes ; que par conséquent le tribunal, dont le jugement est attaqué, en ordonnant de déduire de la réserve dont il s'agit, la portion qui avait servi à la computation des Légitimes, a ouvertement violé l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5, qui veut que la réserve soit adjugée en entier aux légitimaires, et qu'aucune espèce d'imputation ne puisse en atténuer l'utilité ; — Le tribunal casse et annulle..... »

La question jugée par cet arrêt et par le préc[illegible]-

Source : BIU Cujas

dent, s'est représentée depuis, dans des circonstances à peu près semblables. Voici dans quels termes elles sont retracées dans le bulletin civil de la cour de cassation, à la date du 12 germinal an 13 :

« Du mariage de Michel Bouchet avec Marie Cohendy, étaient issus quatre enfans ; Amable, décédé avant son père, sans postérité; Georges, Elisabeth et Antoinette. — En 1747, Elisabeth s'est mariée avec Georges Tartarat; ses père et mère lui ont constitué en dot différens objets tant meubles qu'immeubles, pour tout ce qu'elle pourrait prétendre dans leurs futures successions. — En 1753, mariage de Georges avec Antoinette Vaureix; ses père et mère l'ont institué héritier universel de tous leurs biens après leur décès, sous la réserve néanmoins du quart d'iceux pour en disposer à leur volonté. — En 1769, Antoinette est entrée en religion. Il lui a été constitué une dot moniale de 3,500 liv. et une rente viagère de 40 liv. — Georges Bouchet, héritier institué, est décédé le 1er juillet 1786, laissant trois enfans pour ses héritiers. — Michel Bouchet, père de Georges et auteur de l'institution, est décédé le 2 pluviose an 4, longtemps par conséquent après Georges, son héritier. — C'est après le décès de Michel père, et à raison de l'époque où le décès est arrivé, qu'est née la contestation qui a divisé les parties. — La question principale que cette contestation a présentée à décider, a été de savoir si le quart réservé par les père et mère communs, et dont ils n'avaient pas disposé de leur vivant, devait entrer dans la masse de la succession, pour déterminer la quotité des Légitimes légales; ou si ces Légitimes devaient être prélevées sur le montant de la réserve, pour, après ce prélèvement fait, le surplus de cette réserve appartenir aux légitimaires seuls, en conformité de l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5. — Par jugement du 27 nivose an 8, le tribunal civil du département du Puy-de-Dôme a décidé que le quart réservé appartenait exclusivement aux légitimaires, mais seulement après l'acquittement des Légitimes, sur le fondement que, d'après l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5, toute réserve est attribuée aux héritiers, autres que les héritiers institués ou donataires, sans imputation des Légitimes dont les héritiers institués ou donataires auraient été grevés; mais qu'il entrait dans l'esprit et dans la lettre de cette loi, que tout ce qui est promis à l'héritier ou donataire, forme sa portion, et que la réserve, qui doit servir d'abord à acquitter les Légitimes de rigueur, appartienne, dans tout ce qui se trouvera de reste, aux héritiers non donataires ou institués; que, par ce mode, l'héritier, sauf le cas de l'insuffisance de la réserve pour payer les Légitimes, garde, conformément à l'art. 1er de la loi du 18 pluviose an 5, tout ce qui lui a été promis, et les héritiers *ab intestat*, conformément à l'art. 2, le reste de ce qui aura été réservé; et que toute réserve, dans tous les temps, ayant été destinée de droit à l'acquittement des Légitimes, le reste compose seul la réserve dont il est parlé dans l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5. — Le 4 pluviose an 9, la cour d'appel de Riom a rendu un arrêt confirmatif du jugement de première instance. — Fausse application de l'art. 1er, et violation de l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5. — L'arrêt de cassation est ainsi conçu :

» Ouï le rapport de M. Coffinhal...., et après en avoir délibéré en la chambre du conseil; — Vu les art. 1 et 2 de la loi du 18 pluviose an 5; — Attendu que cette loi ne fait que transporter aux légitimaires la propriété de la réserve que l'ordonnance de 1731 attribuait au donataire ou héritier contractuel; et qu'étant constant en principe autrefois que les réserves devaient entrer dans la masse pour le règlement du montant des Légitimes, les principes doivent être les mêmes aujourd'hui, quoique ces réserves appartiennent aux légitimaires et non plus à l'héritier, sans qu'il puisse en résulter, sur la donation ou l'institution elle-même, un effet rétroactif contraire à l'esprit et aux dispositions de la loi du 18 pluviose an 5 : la cour casse et annulle..... »

L'espèce suivante que nous fournit encore le bulletin civil de la cour de cassation, à la date du 2 septembre 1807, présentait la question de savoir si, lorsque le donataire universel des biens présens et à venir avec réserve de la faculté de disposer d'une somme déterminée, use du droit que lui accorde l'ordonnance de 1731, de s'en tenir aux biens présens, la répudiation qu'il fait par-là des biens acquis depuis la donation, a l'effet de confondre la somme réservée avec les biens répudiés, de manière que l'action des légitimaires doive s'exercer sur la masse composée de ceux-ci et de celle-là, sans qu'elle puisse atteindre les biens présens, si ce n'est en cas d'insuffisance, et que par suite les légitimaires ne puissent plus cumuler la réserve avec leur Légitime. Voici les termes du bulletin :

« Claude Marcoux maria Jean-Baptiste Marcoux son fils aîné, avec la demoiselle Gouin; et par leur contrat de mariage du 10 octobre 1779, il donna à sondit fils, par donation entre-vifs et irrévocable, tous ses biens meubles et immeubles *présens et à venir*, à la charge de payer une somme de 12,000 liv. à chacun de ses autres enfans qu'il institua à cet effet ses héritiers particuliers, et de diverses pensions, soit envers l'épouse du donateur, soit en faveur d'une de ses filles qui alors était religieuse. — Le donateur fit réserve d'une somme de 12,000 liv. pour en disposer comme il verrait bon être; et en cas de non-disposition, il voulut que cette somme fût partagée entre son donataire, Noël, Benoît le jeune, Claudine et Agathe Marcoux, par égales portions, à condition que les quatre derniers ne contesteraient pas la fixation de leur Légitime, voulant qu'en cas de contestation, ladite somme appartînt en entier au donataire. — Quelques années après fut mariée Agathe, l'une des filles du donateur, qui la dota d'une somme de

Source : BIU Cujas

14,000 liv., savoir 12,000 liv. pour le montant de la Légitime fixée par le contrat de mariage de son fils aîné, et 2,000 liv. pour sa portion de la somme réservée. — Deux autres enfans reçurent leurs Légitimes, l'une en argent, l'autre en biens fonds. — Le donataire décéda et laissa une veuve et des enfans en minorité. — Le donateur, père commun, décéda aussi le 28 frimaire an 10, sans avoir fait d'autres dispositions que celles ci-dessus. — Les scellés furent apposés sur les effets, et il fut fait inventaire. — Les frères et sœurs ne s'accordèrent point sur leurs droits respectifs : plusieurs demandes furent formées contre la veuve du donataire, en qualité de tutrice de ses enfans. — Les unes avaient pour objet le paiement de la Légitime, et d'une part dans la réserve. Une autre tendait au partage, d'autres concernaient le paiement des reliquats soit sur la Légitime, soit sur la réserve. Toutes ces demandes furent jointes. — La principale question fut de savoir si la réserve de 12,000 liv. faite par le donateur, dans le contrat de mariage de son fils, et dont il n'avait pas disposé avant sa mort, devait appartenir exclusivement aux légitimaires et indépendamment de leurs Légitimes. — Le tribunal de Montbrison, se fondant sur la loi du 18 pluviose an 5, jugea cette question en faveur des légitimaires. — La veuve du donataire se rendit appelante; son fils aîné devenu majeur, intervint; et au cours dudit appel, la veuve, en qualité de tutrice, autorisée par un conseil de famille, et le fils majeur, déclarèrent répudier la donation des biens acquis depuis sa date, pour s'en tenir à celle des biens alors présens. — Appuyés sur cette répudiation, ils conclurent à ce que les légitimaires fussent tenus de prendre leurs Légitimes sur les biens libres abandonnés, avec lesquels la réserve de 12,000 livres ferait masse, comme faisant partie de la succession *ab intestat.* — Les légitimaires s'étayèrent de leur côté, soit des dispositions du contrat de mariage de 1779, soit de la loi du 18 pluviose an 5. — Par arrêt du 1er thermidor an 13, la cour d'appel de Lyon ordonna la confusion de la réserve de 12,000 liv. avec les biens libres répudiés, et que les Légitimes seraient prises sur le tout, sauf, en cas d'insuffisance, l'action en retranchement : elle ordonna encore le rapport à la veuve du donataire, de tout ce que les légitimaires avaient reçu, soit d'elle-même, soit de son mari, soit du donateur. — Trois des enfans légitimaires se sont pourvus contre cet arrêt : ils ont fait consister leur principal moyen dans la violation de l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5, selon lequel la réserve de 12,000 liv. devait appartenir aux légitimaires, indépendamment de leurs Légitimes. — Les défendeurs se sont repliés sur l'ordonnance de 1731, et sur la répudiation qu'ils ont faite, en vertu de cette loi, des biens acquis depuis la donation, répudiation qui devait nécessairement produire l'effet de confondre la réserve avec les biens répudiés, pour sur cette masse être prises les Légitimes, sauf l'action en retranchement, en cas d'insuffisance.

» Ouï le rapport de M. Chasle..... et les conclusions de M. Daniels; — Vu l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5; — Attendu que la répudiation faite par les défendeurs, des biens acquis depuis la donation, ne pouvait point autoriser la cour d'appel de Lyon, à ordonner la confusion, avec cette espèce de biens, de la réserve de 12,000 liv. dont la propriété était exclusivement attribuée aux demandeurs par la loi précitée; la cour casse et annulle..... »]]

SECT. IX. *Du paiement de la Légitime.*

Il y a trois choses à considérer par rapport au paiement de la Légitime, le temps, la manière, et les accessoires. — Quand le légitimaire peut-il exiger sa portion? — En quelle nature de biens doit-on la lui fournir? — Quelle restitution de fruits et d'intérêts peut-il prétendre? — Tels sont les objets que nous avons à traiter dans cette section.

§. I. *En quel temps la Légitime est-elle exigible?*

La Légitime ne peut régulièrement être demandée qu'au moment de l'ouverture de la succession sur laquelle elle doit être prise; et c'est, comme nous l'avons vu ci-devant, par une conséquence de cette maxime, que l'art. 38 de l'ordonnance de 1731 ne la soumet à la prescription que du jour de la mort de celui qui la doit.

Le nommé Guy Rousseau ayant eu la témérité de poursuivre son père en justice pour l'obliger à lui fournir une Légitime, sous prétexte que deux de ses sœurs avaient été dotées, le parlement de Paris, par arrêt du 23 décembre 1583, rapporté dans le recueil *Rerum judicatarum* d'Anne Robert, le déclara non recevable, et lui enjoignit d'en demander pardon à son père. — Le sieur Gilbert et sa femme, en mariant leur fille au sieur de Némond, lui avaient promis une dot considérable qu'ils se trouvèrent hors d'état d'acquitter : pour se soustraire aux poursuites de leur gendre, ils lui firent une démission de biens. Cet acte fut, pour leurs autres enfans, le prétexte d'une demande en Légitime qu'ils intentèrent contre les sieur et dame de Némond : mais par arrêt du 4 septembre 1685, rendu sur les conclusions de M. Talon, ils furent déclarés non recevables, sauf à eux à se pourvoir après le décès du père et de la mère. — Guypape fait mention de plusieurs arrêts semblables, rendus de son temps au parlement de Grenoble. — Maynard en rapporte un du parlement de Bordeaux, du 12 mars 1603, qui paraît avoir jugé le contraire : mais il a été motivé par des circonstances particulières, et notamment par des offres que le père avait faites au procès.

La coutume de Normandie renferme là-dessus une disposition expresse. Elle donne aux enfans pour Légitime, le tiers des biens que leur père

Source : BIU Cujas

possédait au moment de son mariage ; « et néanmoins (ajoute-t-elle, art. 399), la jouissance en demeure au mari sa vie durant, sans toutefois qu'il le puisse vendre, engager ni hypothéquer ; comme en pareil cas, les enfans ne pourront vendre, hypothéquer ou disposer dudit tiers avant la mort du père ».

Les interprètes apportent néanmoins quelques exceptions à cette règle.

1° Fernand et Chopin soutiennent qu'un père peut être contraint d'avancer la Légitime de son fils, pour lui sauver la vie ou l'honneur, dans le cas d'une accusation publique ; Bénédicti, sur le ch. *Raynutius*, assure même avoir entendu professer cette doctrine par Rochefort, chancelier de Louis XII, tenant les sceaux à Nantes, en octobre 1500.— Mais (dit Lebrun), cela est aussi éloigné de l'usage que de la disposition du droit, et de la loi 26, D. *de pœnis ;* en matière de crimes, le père n'étant jamais tenu de payer pour son fils, principalement quand le fils est pubère ».— Il y a, à la vérité, quelques arrêts qui ont condamné des pères à réparer les dommages causés par leurs enfans ; mais ce sont des circonstances particulières qui ont motivé ces décisions : et d'ailleurs elles n'ont point été données en faveur des enfans mêmes, mais de ceux à qui ils avaient préjudicié par leurs délits.

2°. Maynard prétend qu'un fils devenu insolvable sans sa faute, peut obliger son père à lui fournir sa Légitime pour le tirer de prison. Il rapporte cependant un arrêt par lequel le parlement de Toulouse *en aurait dit et jugé tout le contraire, par des circonstances qui résultaient du procès et actes d'icelui.* — Mais il est aisé de se convaincre, d'après ce que nous venons de dire, que cet arrêt est très juridique, abstraction faite même des prétendues circonstances d'après lesquelles il a été rendu.

3° Il y a dans le Recueil de Bardet, un arrêt du 6 août 1619, qui a condamné un père à rembourser au nommé Boisseron ce qu'avait payé celui-ci pour tirer son fils de l'esclavage chez les Algériens ; et l'on prétend inférer de là, qu'un enfant captif peut forcer l'auteur de ses jours à contribuer à sa rançon jusqu'à concurrence de sa Légitime. Cette conséquence a été effectivement adoptée par deux arrêts des 4 juin 1627 et 7 février 1664 ; mais c'était en faveur de chevaliers de Malte. — « C'est un droit (dit Lebrun), qui ne s'est établi que pour eux, sur le fondement que leur ordre ne les rachète jamais, et que le père qui engage son fils dans l'ordre de Malte, dont il sait les usages, s'attend à le racheter, s'il est fait captif ». Quant à l'arrêt rapporté par Bardet, « on jugea volontiers (dit encore Lebrun), que le père avait donné les mains au voyage de son fils, dans lequel il avait été fait captif : car au surplus le droit ne condamne point précisément le père à racheter son fils captif, mais il se contente de l'y inviter en l'authentique *si captivi*, C. *de episcopis et clericis*, et de donner d'autres sûretés à celui qui rachète un captif, loi 2, C. *de postliminio reversis* ».

4° Balde, Paul de Castres, Alexandre, Cagnolus, Surdus, Gratien, Fachinée et plusieurs autres auteurs soutiennent qu'un père dissipateur peut être forcé par ses enfans de leur assurer de son vivant un fonds pour leur Légitime : la raison sur laquelle ils s'appuient, est que tout débiteur dont la fortune tombe en décadence, peut être contraint de donner des cautions ou des hypothèques pour la sûreté d'une dette non échue : or, disent-ils, le père est débiteur de la Légitime de ses enfans, sa dissipation autorise donc ceux-ci à prévenir le temps auquel les lois ont fixé l'échéance de cette portion. On peut, ajoutent-ils, appuyer cette conséquence sur la loi 50, D. *ad Trebellianum*, dont voici l'espèce : un père avait été institué héritier, à la charge de restituer sa succession à son fils lorsqu'il serait émancipé, *si in suâ potestate esse desiisset :* comme il dissipait une grande partie des biens compris dans cette substitution, et qu'il retenait toujours son fils sous sa puissance, on était en peine comment on pourvoirait à l'exécution de la volonté du testateur. L'empereur Adrien décida que le père restituerait actuellement à son fils l'hérédité dont sa mauvaise conduite le rendait indigne de jouir plus long-temps, et qu'il n'y pourrait plus prétendre que des alimens, en cas qu'il n'eût pas d'ailleurs de quoi s'en procurer. Cette décision, disent les auteurs cités, s'applique d'elle-même à notre espèce ; car les enfans n'ont pas moins de droit à leur Légitime qu'au fidéicommis dont leur père est chargé envers eux ; et la demande en restitution anticipée d'un fidéicommis, n'est pas plus régulière que celle du paiement prématuré d'une Légitime. Il faut donc que la prodigalité du père ait le même effet à l'égard de l'une qu'à l'égard de l'autre.

La jurisprudence normande est absolument conforme à ce système. Quoique l'art. 399 de la coutume ordonne expressément que le père jouisse jusqu'à sa mort du tiers consacré à la Légitime de ses enfans, on ne laisse pas de juger au parlement de Rouen, qu'il perd cette jouissance lorsqu'il devient insolvable, qu'il fait cession de biens, ou que tous ses immeubles sont mis en décret. Basnage en rapporte des arrêts rendus les 10 avril 1631, 23 août 1666 et 11 février 1667. On oblige cependant les enfans de contribuer, sur le tiers qu'ils obtiennent prématurément, à la nourriture et à l'entretien de leur père : le second des arrêts cités en renferme même une disposition expresse.

Mais cette jurisprudence doit-elle servir de règle aux autres tribunaux ? Peut-on regarder comme un point de droit commun, la faculté qu'elle accorde à un fils dans le cas proposé, de dépouiller un père de son vivant par la demande prématurée d'une Légitime ? Les autorités et les raisons que nous venons de rapporter, sembleraient devoir le faire penser ainsi ; mais un peu d'attention dissipe le prestige. — C'est en quelque sorte accélérer la

Source : BIU Cujas

mort d'un homme, que de vouloir lui succéder pendant sa vie ; et si l'on pouvait tolérer de pareils procédés, ce ne serait certainement pas dans un enfant ; l'amour filial doit éloigner de lui toute idée qui pourrait faire soupçonner qu'il pense à profiter du décès de son père pour recueillir une partie de ses biens ; et conséquemment on doit rejeter avec indignation la demande qu'il ferait d'une Légitime avant l'échéance.

L'exemple du débiteur insolvable que l'on oblige de donner des sûretés avant que le terme de sa dette soit arrivé, et celui du père dissipateur que la loi condamne à restituer un fidéicommis avant son ouverture, ne prouvent rien contre ce sentiment. Dans ces hypothèses, en effet, il n'y a rien, de la part du créancier ou du fils, qui puisse être regardé de mauvais œil : l'un cherche à assurer sa créance, l'autre à conserver une substitution à laquelle il est appelé après son émancipation ; tous deux ont en leur faveur des droits certains, et qu'ils peuvent exercer sans rougir du vivant du débiteur ou du père. Mais un enfant ne peut demander une Légitime avant qu'elle soit échue, sans faire entendre que la vie de son père lui paraît trop longue ; sa précipitation est donc odieuse, elle révolte la nature, et certainement la crainte que son père ne dissipe tout, ne la justifie pas.

D'ailleurs, les lois et la raison nous disent qu'il ne faut point recourir à une voie extraordinaire, lorsqu'on peut conserver ses droits par un remède ordinaire : or, les enfans d'un dissipateur ont entre les mains un moyen légal d'arrêter les désordres de leur père, puisqu'ils peuvent le faire interdire : il ne doit donc pas leur être permis d'intenter contre lui une demande aussi contraire aux principes que le serait celle qu'ils formeraient en anticipation de paiement de leur Légitime.

On dira peut-être qu'il n'est pas moins odieux de voir des enfans provoquer l'interdiction de leur père, que de demander une partie de sa succession avant sa mort. — Mais, 1° quand ces deux voies seraient également défavorables, il suffirait toujours que l'une fût seule indiquée par les lois, pour qu'on ne pût donner la préférence à l'autre. — 2° On ne peut disconvenir qu'une demande en interdiction est moins odieuse de la part d'un fils, que celle qui concernerait le paiement anticipé d'une Légitime : la première n'a point d'autre objet direct que l'intérêt du père, et l'on peut toujours dire, en l'intentant, qu'on ne s'occupe que du soin d'assurer sa subsistance : la seconde, au contraire, ne tend qu'à l'avantage du fils ; elle ne décèle que la crainte dont il est agité que son père ne vive encore trop long-temps, et ne consume les biens sur lesquels il espère de prendre sa Légitime. — Au reste, l'avis que nous soutenons, est aussi celui de Jason, de Pinellus, de Salicetti, de Vasquius et de Voët.

§. II. *En quelle nature de biens la Légitime doit-elle être fournie ?*

I. La Légitime doit être payée des propres biens du défunt, *ex ipsâ substantiâ patris*, dit la loi 36, C. *de inofficioso testamento*. Aussi tous les auteurs conviennent-ils qu'on doit la fournir en fonds héréditaires, et qu'on n'est point recevable à en offrir l'estimation en deniers. — C'est aussi ce qui a été jugé par une foule d'arrêts. Bouchel et Desmaisons en rapportent trois rendus au parlement de Paris les 19 juin 1540, 22 mars 1558 et 15 juillet 1661. La Rocheflavin nous en fournit cinq du parlement de Toulouse, datés de l'an 1497, et des 25 juin 1567, 19 juin 1570, 14 novembre 1573 et 18 juin 1574. Charondas en a conservé un du grand conseil du 9 février 1551 ; et Brillon en cite un semblable, qui a été rendu au parlement de Rouen, sur une évocation de celui de Bretagne, le 27 août 1666.

Cette règle ne doit cependant pas s'entendre à la lettre. — Quand le défunt n'a laissé que de l'argent comptant, il est certain que l'héritier n'est pas obligé de fournir la Légitime en immeubles ; cela serait même contraire à l'esprit de notre règle ; car la Légitime étant une quote des biens qu'on aurait eus *ab intestat*, il faut que le paiement en soit fait avec ces biens mêmes, quels qu'ils soient. — Par la même raison, il est clair que si le défunt a laissé des immeubles et des effets mobiliers, ce qui arrive presque toujours, le légitimaire est obligé de recevoir des deux espèces de biens pour la portion qui lui est due. — L'additionnaire de Lebrun prétend que l'arrêt de la princesse de Nassau, du 2 août 1758, est contraire à ce principe ; mais c'est une méprise. — Il est vrai que cet arrêt porte entre autres choses : « Et où par l'évènement du procès-verbal de liquidation des fruits, ladite Charlotte de Mailly de Néelle se trouverait créancière de portion des restitutions de fruits et intérêts, ordonne qu'elle en sera payée en corps héréditaires desdites successions, même sur les biens compris dans la donation du 25 juillet 1700, suivant l'estimation qui sera faite desdits corps héréditaires en présence de.... ; ordonne pareillement que ladite Charlotte de Mailly de Néelle sera payée en corps héréditaires desdites successions, de sa portion légitimaire dans les sommes mobilières comprises dans la masse des biens régis par la coutume de Paris, tant en principal qu'intérêts ». — Mais ce que le même arrêt ajoute fait voir que cette première disposition n'est que conditionnelle : « Pourra néanmoins ledit Louis de Mailly de Néelle payer en deniers comptans la portion revenante à ladite Charlotte de Mailly de Néelle dans les sommes et effets mobiliers régis par la coutume de Paris, même ce qui se trouvera rester dû desdites restitutions de fruits et intérêts d'iceux ; ce qu'il sera tenu de faire trois mois après ledit procès-verbal de liquidation de fruits, etc. ».

Il ne faut pas même conclure de cet arrêt, qu'un héritier puisse forcer le légitimaire à accepter des fonds en paiement de ce qu'il a droit de prétendre dans les effets mobiliers ; cela serait contraire à l'idée que présente naturellement une quote de

Source : BIU Cujas

tous les biens; et il faut qu'il se soit trouvé des circonstances particulières dans la cause de la princesse de Nassau, pour en ordonner autrement.

Lebrun propose à ce sujet une espèce remarquable. Une fille a été mariée et dotée en deniers par son père; le père est mort laissant un fils, quelques immeubles et beaucoup de dettes. Le fils demande sa Légitime à sa sœur, et prétend l'avoir en deniers; la fille au contraire veut la lui fournir en immeubles: on demande qui des deux est fondé. Il faut répondre que c'est le fils: l'ordre naturel exige que les dettes se prennent sur les biens existans à l'époque de la mort: dans notre espèce, ces biens sont absorbés par les dettes; il faut donc que la dot de la fille fournisse la Légitime du fils; et comme cette dot consiste en deniers, c'est aussi en deniers que la Légitime doit être payée; car tout l'effet de l'action en retranchement est de faire retomber dans les mains du frère l'excès de la donation faite à la sœur.

II. Le droit du légitimaire de demander sa portion en corps héréditaires, ne l'autorise pas à morceler tous les biens de la succession: c'est ce qu'on peut inférer des lois 26 et 27, D. *de legatis* 1°. et de la loi 2, C. *quandò et quibus quarta pars.* — On demande à cette occasion si l'arbitre nommé pour régler le lot du légitimaire, doit y faire entrer les meilleurs biens ou les pires? Lebrun répond « qu'il doit éviter l'une et l'autre extrémité, comme il est dit dans la matière du legs de choix et d'option, que celui à qui on a légué un esclave, ne doit avoir ni le meilleur ni le pire de tous.... En effet, le légitimaire a part dans tous les biens: ainsi, il faut qu'il se sente du bien et du mal de chaque espèce de biens ». — On trouve dans le recueil d'Eypilly, un arrêt du parlement de Grenoble du 23 février 1613, qui a jugé conformément à cette opinion; et le président Favre en rapporte un semblable rendu au sénat de Chambéry le 17 août 1588.

III. Il y a plusieurs exceptions à la règle qui ordonne de fournir la Légitime en corps héréditaires.

Lorsqu'il ne se trouve que des fiefs dans la succession, et que la coutume du lieu de leur situation ne permet pas de les diviser, même entre cohéritiers, le légitimaire peut être contraint de recevoir en deniers la portion qu'il a dans ces biens: c'est sur ce fondement qu'en Normandie, les enfans ne peuvent pas demander leur tiers en nature dans les fiefs décrétés sur leur père: le parlement de Rouen l'a ainsi jugé par arrêts des 30 juin 1643, 19 mai 1648, 14 juin 1671, et 1er février 1672, rapportés par Basnage.

IV. On prétend que cette jurisprudence doit avoir lieu par-tout pour les fiefs de dignité, comme s'ils étaient indivisibles, même dans les coutumes qui soumettent indistinctement les fiefs au partage; et c'est, suivant La Rocheflavin et Bouchel, ce qu'ont jugé un arrêt du 10 février 1525, rendu en faveur du baron de Lescure; un autre du 4 juillet 1566, pour le comte de Carmaing; un troisième du 27 janvier 1584, pour le vicomte de Bourniquel; et un quatrième du 30 mars 1591. — Mais cette opinion n'est pas vraie indistinctement: les fiefs qualifiés de duchés, de marquisats, de comtés, de baronnies, devaient être impartables dans les premiers temps de la féodalité, parcequ'alors ils étaient unis à des emplois civils ou militaires qui n'admettaient point de division; mais dans l'état actuel des choses, rien n'empêche de les partager comme les fiefs simples: Dumoulin le décide ainsi; et si son sentiment souffre quelque difficulté pour les terres dont l'érection en dignité remonte au temps où les fiefs étaient la dotation des offices, au moins on ne peut pas le contester par rapport à celles qui n'ont été titrées qu'après cette époque. — C'est ce que pensent Chopin et Loyseau, et c'est ce qu'a jugé *in terminis* l'arrêt de la grand'chambre du parlement de Paris, du 5 février 1778, qui est rapporté à l'article *Fief*, sect. 2, §. 4, n. 1.

V. Nous avons vu ci-devant, sect. 8, §. 2, qu'il y a en Provence un statut qui permet à l'héritier de payer la Légitime en nature ou en argent, à son choix.

[[Les constitutions sardes, liv. 5, tit. 3, art. 1, disaient également: «l'héritier aura la liberté de payer la Légitime en argent comptant, ou en immeuble, à une juste estimation, pourvu que l'une et l'autre manière correspondent à la portion qui est due légitimement».]]

VI. En Normandie, lorsque les enfans demandent leur Légitime aux acquéreurs des biens de leur père, il est libre à ceux-ci de la leur fournir en estimation: c'est ce que porte l'art. 403 de la coutume: « Et où le père aurait fait telle aliénation de ses biens, que ledit tiers ne se pourrait prendre en essence, ses enfans pourront révoquer les dernières aliénations jusqu'à la concurrence dudit tiers, si mieux les acquéreurs ne veulent payer l'estimation du fonds dudit tiers en roture au denier vingt, et en fief noble au denier vingt-cinq ».

VII. C'est une opinion assez généralement reçue, que quand le légitimaire a reçu à compte de sa portion un legs de deniers que le défunt lui avait laissé, il ne peut plus demander son supplément en corps héréditaires, et que le paiement doit être complété dans la même nature de biens qu'il a été commencé: c'est même ce qui a été jugé par plusieurs arrêts. — Favre en rapporte un du sénat de Chambéry du 25 août 1558. — Le président La Rocheflavin en cite un autre du parlement de Toulouse du 28 mars 1543. — Il y en a deux semblables rendus par la même cour en août 1714, et mai 1718; ils sont rapportés par Serres. — Papon et Chorier nous en ont conservé deux autres du parlement de Grenoble; le premier est de l'an 1460, le second du 9 juin 1673.

Mais cette jurisprudence est-elle exacte et conforme aux principes? Le président Favre démontre

Source : BIU Cujas

parfaitement la négative. Quel rapport, dit-il, peut-on imaginer entre ces deux propositions : le legs fait par le testateur et accepté par le légitimaire, consiste en deniers ; donc c'est en deniers que doit être fourni le supplément de Légitime ? Sur quelle loi cette conséquence est-elle fondée ? Où est le texte, le principe, la raison qui empêche de demander en nature, le restant d'une chose dont on a bien voulu recevoir une partie en estimation ? Un homme me devait mille écus ; j'ai consenti qu'il me donnât en paiement un immeuble valant 1500 liv. ; s'ensuit-il de là qu'il pourra me forcer à prendre d'autres immeubles en paiement des 1500 liv. dont il m'est resté redevable ? — D'ailleurs, Justinien décide généralement dans la loi 36, C. *de inofficioso testamento*, que le supplément de Légitime doit être fourni en corps héréditaires, *repletionem fieri ex ipsâ substantiâ patris* : pourquoi donc excepter de cette décision le cas où le legs qu'a laissé le testateur, ne consiste qu'en deniers ? Pourquoi distinguer, lorsque la loi ne le fait pas, et qu'aucune raison n'oblige de le faire ?

[[La cour de cassation a jugé, le 1er fructidor an 9, que la jurisprudence contre laquelle s'élèvent ces raisons, *n'est fondée sur aucune loi*. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, article *Légitime*, §. 7 et 8.

Cette jurisprudence a d'ailleurs été condamnée formellement par la loi du 3 vendémiaire an 4 : en rapportant les dispositions rétroactives de la loi du 17 nivose an 2, en vertu desquelles des légitimaires étaient devenus héritiers, et dont l'effet avait déjà été suspendu par la loi du 5 floréal an 3, cette loi ordonne, art. 8, que « les personnes déchues par la présente loi, auront la faculté de retenir en biens héréditaires et proportionnellement sur chaque espèce de biens, le montant des portions légitimaires et supplémentaires, et des autres droits qui leur appartiennent. Les paiemens (ajoute-t-elle), qui pourront leur avoir été faits *à-compte* en argent ou assignats, ou de telle autre manière que ce puisse être, soit avant ou après l'ouverture de la succession, ne pourront les priver de cette faculté dont elles jouiront dans tous les cas, à la charge de rapporter dans la masse ce qu'elles ont reçu dans les mêmes espèces, ou la valeur réelle et effective en assignats au cours. — La disposition du présent article s'applique pareillement aux légitimaires, dont les droits ont été ouverts, soit avant le 14 juillet 1789, soit depuis le 5 floréal dernier ».]]

VIII. On a vu ci-devant, sect. 7, §. 3, art. 2, n. 20, qu'il a été jugé par un arrêt du parlement de Grenoble, du 17 février 1777, qu'une religieuse qui sort d'une communauté où l'on ne fait que des vœux simples, ne peut, en demandant sa Légitime à ses frères ou à ses sœurs, l'exiger précisément en corps héréditaires, et que ceux-ci sont en droit de la lui payer en deniers.

Mais on a remarqué au même endroit que cet arrêt a encore jugé que la religieuse n'est pas obligée de prendre en paiement de sa Légitime la *dot spirituelle* qui lui a été constituée lors de son entrée en religion, et qu'elle peut, en abandonnant à l'héritier le droit de la répéter, obliger celui-ci de lui fournir une portion légitimaire.

IX. Est-il au pouvoir d'un testateur de régler tellement l'assignat de la Légitime, que le légitimaire soit obligé de s'y tenir ? Par exemple, un père lègue à son fils une somme qui, estimation faite, se trouve égale à sa portion légitimaire ; le fils pourra-t-il répudier le legs et exiger sa Légitime en nature ?

Le président Favre soutient qu'il ne le peut pas, et il se fonde sur le silence que les lois ont gardé là-dessus.

Mais cette opinion nous paraît erronée — 1° L'acceptation d'un legs est toujours un acte de volonté libre ; il y a une foule de lois qui permettent aux légataires de répudier les dispositions faites en leur faveur, et il n'y en a aucune qui prive de cette faculté ceux qui ont droit de Légitime. — 2° C'est un principe constant, que la Légitime ne dépend point du testateur, que les lois seules doivent la régler, et qu'elle est exempte de toute charge. Or, ne serait-ce pas la soumettre à la volonté du testateur, que d'autoriser celui-ci à l'assigner irrévocablement sur certains biens plutôt que sur d'autres ? Serait-ce la régler par les dispositions des lois, que de ne pas permettre au légitimaire de la prendre telle que les lois la lui donnent ? Ne serait-ce pas en diminuer l'avantage, que d'obliger le légitimaire à chercher, et peut-être à attendre plusieurs mois, plusieurs années, l'occasion d'en employer le montant ?

L'opinion du président Favre doit donc être mise au nombre des paradoxes que ce grand magistrat ne s'est que trop plu à soutenir, et lui-même convient qu'elle est rejetée universellement : *Nihil in praxi et in tribunalibus certius est et receptius quàm.... eum cui aliquid pro Legitimâ relictum est, sive in pecuniâ, sive in certis corporibus bonorum, cogi non posse ut testatoris judicium agnoscat, etiamsi quod relictum est sufficiat ad legitimam portionem ; sed posse, si malit, repudiato eo quod sibi relictum est, Legitimam petere et obtinere in corporibus bonorum.* (*De erroribus pragmaticorum*, décad. 15, n. 2.) — Maynard, liv. 7, ch. 6, rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, par lequel il a été jugé que « le fils répudiant le légat, comme il peut faire, n'ayant rien pris d'icelui, ni autrement accepté, venant à la demande de sa Légitime en corps héréditaires, en ce cas l'héritier ne peut empêcher que ledit fils n'ait sa Légitime en corps héréditaires ». — De Ba-ralle dit également qu'il a été décidé au parlement de Flandre, le 21 mai 1695, « que le sieur de Tranche n'était pas obligé de prendre à compte de sa Légitime ce que sa mère lui avait donné par testament ; mais qu'il pouvait tout répudier, pour prendre sa Légitime sur les autres biens, telle qu'il serait arbitré ».

Source : BIU Cujas

§. III. *Des fruits et intérêts de la Légitime.*

I. La question de savoir de quel jour doivent courir les fruits et intérêts d'une Légitime, peut se présenter dans deux cas différens : le premier, lorsque la Légitime se prend sur des biens dont le défunt était encore saisi au moment de sa mort ; le second, lorsqu'elle se prend par la voie du retranchement sur des donations entre-vifs ou des constitutions de dots.

On a exposé au mot *Intérêts*, §. 2, n. 2, les principes relatifs au premier cas. Nous nous bornerons ici à indiquer les arrêts qui les ont confirmés ou modifiés.

Que les fruits de la Légitime soient dus depuis l'ouverture de la succession, lorsque cette portion est fournie en corps héréditaires, c'est ce qui a été jugé au parlement de Paris les 2 janvier 1590, 6 janvier 1606 et 2 août 1758 ; au parlement de Toulouse les 25 juin 1567, 19 juin 1570 et 18 juin 1574 ; au parlement de Grenoble le 6 juillet 1632 ; au parlement d'Aix le 16 février 1583 ; au sénat de Chambéry les 9 février 1590 et 6 juin de la même année. Tous ces arrêts sont rapportés par Louet, Mornac, l'annotateur de Lebrun, La Rocheflavin, Basset, Favre et Duperrier.

Il y en a un du parlement de Dole, du mois de septembre 1603, qui excepte de cette décision le cas où les effets soumis à la Légitime, ne produisent de leur nature aucune espèce de fruits.

A l'égard des intérêts, dont il ne peut être question que lorsque la Légitime est fournie en deniers, il a été jugé par un arrêt du parlement de Toulouse du 8 décembre 1597, rapporté par Cambolas, qu'ils n'étaient dus que du jour de la demande ; mais cet arrêt a certainement été motivé par des circonstances particulières ; car le parlement de Toulouse a toujours suivi l'opinion de ceux qui font courir ces intérêts du jour de l'échéance de la Légitime : témoins les arrêts qu'il a rendus les 14 novembre 1573, 9 mars 1705, 7 septembre 1735 et 10 septembre 1743 ; le premier est rapporté par La Rocheflavin ; le second par Dejuin, et les deux autres par Serres. — Le parlement de Rouen a jugé la même chose par un arrêt du 9 août 1724, qui est inséré dans une des nouvelles notes sur Basnage ; et telle est la jurisprudence de toutes les cours souveraines. — On se rappelle sans doute que le parlement de Grenoble l'a encore confirmé par un arrêt du 17 février 1777 ; il est rapporté ci-devant, sect. 8, §. 3, art. 2, n. 20.

[[Les constitutions sardes décidaient également, liv. 5, tit. 3, art. 2, que « les fruits de la Légitime, soit qu'elle se paye en argent ou en immeubles, seront dus au légitimaire dès le jour de la mort de celui de l'hérédité duquel on la doit prendre » ; elles ajoutaient : « et si c'est un posthume, dès le jour de sa naissance ».]]

Le parlement de Bordeaux juge, comme on l'a dit au mot *Intérêts*, que la Légitime cesse de produire des intérêts de droit, lorsqu'elle passe en ligne collatérale par le décès du légitimaire, ou qu'elle est cédée à un étranger. Mais, comme on l'a observé au même endroit, les autres cours se sont fait une maxime constante de l'opinion contraire. — Tel est, entre autres, le parlement de Toulouse, dont les trois derniers arrêts que nous venons de citer, ont décidé formellement que les intérêts de la Légitime courent aussi bien en faveur d'un collatéral ou d'un étranger, qu'en faveur du légitimaire lui-même. — Un acte de notoriété du parquet du parlement de Provence, du 30 juin 1687, atteste pareillement « que l'usage dudit parlement est qu'en matière de droits de Légitime dus aux enfans sur les biens et héritages de leur père et de leur mère, lesdits droits portent intérêt de leur nature sans jugement, ni même demande depuis le décès de leur père et de leur mère, même quand par le décès desdits enfans leur droit a passé à des parens collatéraux ou à des étrangers ».

Lorsque le légitimaire est nourri dans la maison de l'héritier, les intérêts qu'il a droit de prétendre doivent ordinairement se compenser avec les alimens qu'on lui fournit : mais cette compensation n'aurait pas lieu, si le légitimaire travaillait au profit de l'héritier, et que son travail fût suffisant pour acquitter sa nourriture ; le parlement de Toulouse l'a ainsi jugé par deux arrêts rapportés dans le journal de Dejuin, tome 5, page 234, et tome 6, page 288.

Le taux des intérêts de la Légitime dépend de celui de la loi ; ainsi, il est actuellement au denier vingt. L'héritier ne serait pas recevable à en demander la réduction, sous prétexte que les biens qu'il aurait pu donner en paiement, auraient produit beaucoup moins : « cela est certain dans l'usage, et a été jugé par un arrêt du 2 mars 1638 », dit l'additionnaire de Duperrier.

II. Peut-on appliquer tout ce que nous venons de dire, au cas où la Légitime se prend sur des donations entre-vifs ou des constitutions de dots ? Cette question se divise en quatre branches : 1° de quel jour peut-on demander les fruits d'une Légitime prise sur une donation d'immeubles ? 2° De quel jour peut-on demander les intérêts d'une Légitime sur une donation de deniers ? 3° De quel jour peut-on demander les fruits d'une Légitime sur une dot immobilière ? 4° De quel jour peut-on demander les intérêts d'une Légitime sur une dot constituée en argent ?

Première question. L'art. 41 de l'ordonnance de 1731, veut que les fruits des biens dont la donation est révoquée par la survenance d'enfans, ne puissent être répétés contre le donataire que du jour que la naissance de l'enfant lui a été notifiée par un acte en bonne forme. On peut, ce semble, conclure de là, que le légitimaire ne peut se faire restituer les fruits perçus par un donataire, que du jour de son action en retranchement, « d'autant mieux (dit Furgole), que le retranchement ne se fait pas de plein droit, mais seulement lors-

Source : BIU Cujas

qu'on propose la plainte d'inofficiosité ; le titre et la bonne foi du donataire subsistent jusques à l'interpellation judiciaire ; et par conséquent le cas paraît plus favorable pour le donataire, que celui de la révocation qui se fait (de plein droit) par la loi *si unquàm* ». — Malgré ces raisons, Furgole décide que le donataire doit être condamné à la restitution des fruits du jour de la mort du donateur ; 1° parceque la Légitime est due de plein droit aussitôt que la succession est ouverte : 2° parceque la loi la sépare des autres biens, avant même que la demande en ait été formée : 3° parcequ'elle est affranchie de toutes les charges et de tous les délais que le défunt pourrait lui imposer : 4° parcequ'aux termes de la loi 5, C. *de inofficiosis donationibus*, aux mots *ad patrimonium tuum revertitur*, l'action en retranchement la fait rentrer dans le patrimoine du donateur, comme si elle n'en était jamais sortie, et qu'il en doit être de même des fruits, qui sont une suite de la propriété.

Seconde question. Il y a plus de difficulté par rapport au donataire d'une somme de deniers : outre son titre et sa bonne foi, il peut encore dire que l'action en retranchement est un remède extraordinaire ; qu'ainsi, on ne doit pas en étendre l'effet aux intérêts, qui d'ailleurs sont odieux, et ne sont pas dus *propter lucrum petentium, sed propter moram non solventium*, suivant les termes de la loi 17, §. 5, D. *de usuris*. — Cependant Furgole décide encore que les intérêts sont dus dès le moment du décès. Sa raison est que la Légitime ne souffre pas le moindre délai ; qu'ainsi, on doit la régler comme si elle était demandée et payée à l'instant même de son échéance ; « que si les intérêts n'étaient pas accordés au légitimaire, il serait privé de ses alimens pour le temps qu'il aurait laissé passer sans intenter son action, et il serait obligé d'employer le capital de sa Légitime pour payer les dettes qu'il pourrait avoir contractées pour se nourrir ; ce qui serait contraire à l'esprit de la Novelle 18, ch. 3. Du reste, il n'y a rien d'exorbitant dans les lois qui ordonnent le retranchement des donations excessives ; car il n'a été introduit que par un motif d'équité, attendu que les pères ne doivent pas donner tout à l'un de leurs enfans, et priver les autres même de leur subsistance ». — Il y a dans le Journal du palais, un arrêt du 14 mars 1675, qui confirme cette opinion.

Troisième question. Les raisons qui militent pour assujettir le donataire d'un immeuble à la restitution des fruits du jour de l'échéance de la Légitime, reçoivent une application directe et entière à la constitution de dot immobilière ; car on a prouvé ci-devant que le retranchement de la dot se fait de la même manière que celui des donations simples.

Quatrième question. Faut-il aussi appliquer à la dot constituée en deniers, ce que nous avons dit au sujet des donations pécuniaires ?

L'affirmative est sans difficulté, lorsque l'action en retranchement n'est exercée que contre la sœur dotée, parceque, relativement à son frère réduit à sa Légitime, elle doit être considérée comme une donataire véritable.

Mais si le mari était intéressé dans cette action, les intérêts ne pourraient, suivant un arrêt du parlement de Grenoble du 6 septembre 1653, rapporté par Basset, être adjugés au légitimaire, que du jour de la sentence de discussion des biens dont le père était saisi au moment de sa mort. « Ce n'est pas, (dit Furgole), que nous croyions que la discussion tendante à établir l'insuffisance des biens du père, soit nécessaire pour mettre dans la mauvaise foi le gendre qui a reçu la dot à lui constituée ; car, comme nous l'avons prouvé ci-dessus, la bonne foi ne doit pas entrer en considération, à cause de la loi 35, C. *de inofficiosis donationibus*, qui fait rentrer les donations dans le patrimoine du donateur jusqu'à concurrence du retranchement qui doit être fait pour les Légitimes. Mais il nous semble que la loi 1, C. *de condictione indebiti*, peut recevoir dans ce cas une application assez juste, parceque le gendre auquel le beau-père a constitué une dot plus forte que ses biens ne pouvaient supporter, doit être considéré comme ayant reçu le paiement d'une somme non due, en ce que la dot excède les facultés du constituant ; et comme dans le cas auquel la loi accorde l'action *condictionis indebiti*, les intérêts ne sont pas dus avant l'interpellation, aussi ne doit-on pas les adjuger au légitimaire contre son beau-frère, qui est assez malheureux de souffrir un retranchement de la dot qu'il a reçue de bonne foi, et auquel il ne s'attendait pas lorsqu'il s'est marié ».

Nous laissons à juger si ces raisons, et l'arrêt qu'elles ont motivé, peuvent l'emporter sur ce grand principe, que la Légitime ne souffre point de délai pour quelque cause que ce soit, et qu'elle doit être censée demandée aussitôt qu'elle est échue. Une chose bien certaine, c'est que la faveur de la dot ne doit pas être ici considérée, parcequ'elle est, en quelque sorte, éclipsée par les privilèges que la nature et la loi ont accordés au légitimaire.

III. Le légitimaire peut-il demander à l'héritier fidéicommissaire, le paiement des intérêts qui ont couru pendant la jouissance du grevé ? *V. Substitution fidéicommissaire.*

Section X. *Des actions concernant la Légitime.*

I. Le légitimaire a trois actions : la première, pour demander la fixation de sa Légitime ; la seconde, pour en obtenir le paiement lorsqu'elle est fixée ; la troisième, pour s'en assurer la garantie lorsqu'elle est payée.

II. La fixation de la Légitime dépend principalement de trois choses : 1° de la vérification du patrimoine du défunt : 2° de l'estimation qu'il faut en

Source : BIU Cujas

faire : 3° du partage qui doit s'opérer entre les héritiers et le légitimaire.

III. La manière la plus simple et la plus certaine de constater le montant des biens sujets à la Légitime, est de les faire inventorier aussitôt après la mort du défunt, conformément aux règles tracées dans les articles *Inventaire et Scellé.*

Mais lorsque cette formalité n'a pas été remplie par l'héritier, quelles ressources peut-il rester au légitimaire ? L'usage lui en donne deux : l'une est de demander l'exhibition de tous les titres et papiers qui se sont trouvés dans la succession ; l'autre, de faire une enquête par commune renommée de la fortune du défunt.

Il paraît au premier abord assez singulier que l'héritier puisse être obligé de représenter ses titres au légitimaire ; car c'est celui-ci qui est demandeur, et un demandeur doit régulièrement vérifier sa demande, comme il le trouve à propos, sans pouvoir forcer son adversaire à produire ses propres titres. *Nemo tenetur edere contra se.* — Mais cette maxime admet une exception par rapport aux titres communs entre le demandeur qui en requiert l'exhibition, et le défendeur qui les possède. Or, on ne peut nier qu'il n'y ait, par rapport aux papiers d'un défunt, une certaine communion entre l'héritier et le légitimaire, puisque la Légitime est une quote de tout ce qui se trouve dans la succession ; le légitimaire est donc fondé à se les faire représenter, et c'est ainsi qu'on le juge constamment. Basset en rapporte deux arrêts rendus au parlement de Grenoble, les 6 juillet 1632 et 28 juillet 1654 ; Boniface en rapporte un semblable du parlement d'Aix, du 15 février 1647 : on en trouve plusieurs autres du parlement de Toulouse dans le Journal de Dejuin.

Lorsque l'héritier ne produit pas tous les titres de la succession, ou que ces titres ne détaillent pas exactement les biens du défunt, le légitimaire doit être admis à la preuve de commune renommée et au serment *in litem.* En vain l'héritier s'y opposerait-il sur le fondement de la prohibition portée par l'ordonnance de Moulins, de recevoir la preuve testimoniale pour des objets qui excèdent cent livres ; il ne serait pas écouté, comme l'a jugé un arrêt du parlement de Toulouse, du 11 mars 1751, rapporté dans le recueil des édits et déclarations de cette cour.

Roussilhe fait mention d'une sentence rendue à la sénéchaussée d'Auvergne, en mars 1768, qui, d'après une preuve de cette nature, a fixé à 6000 liv. la succession du nommé Jean Banniol, sur laquelle sa fille demandait une Légitime.

IV. Lorsque tous les biens du défunt sont renseignés, il faut en faire faire l'estimation par des *experts. V.* sous ce mot, la procédure qu'on doit observer pour toutes les opérations de cette espèce.

A l'égard du partage qui doit se faire entre les héritiers et le légitimaire, *V. Partage.*

V. Lorsque la Légitime est fixée et réglée, le légitimaire a droit d'en exiger la délivrance. Mais quelles actions a-t-il pour cela ? peut-il intenter complainte ? peut-il agir hypothécairement ? peut-il se pourvoir solidairement contre chacun des héritiers !

1° Nous avons démontré ci-devant, sect. 2, §. 1, que le légitimaire n'est point saisi de plein droit ; ainsi il ne peut pas intenter complainte avant d'avoir pris possession des biens assignés pour sa Légitime.

2° La question de savoir si le droit de Légitime produit une hypothèque légale, n'est pas sans difficultés. Examinons-la d'abord relativement aux propres biens de l'héritier ou du donataire ; nous la discuterons ensuite par rapport à ceux qui proviennent du défunt.

Une hypothèque ne peut être fondée que sur une convention ou sur une loi ; il n'y a point de loi qui permette au légitimaire de se pourvoir hypothécairement sur les propres biens du donataire ou de l'héritier ; il ne pourrait donc avoir ce droit que dans le cas où il l'aurait stipulé, soit avec l'un, soit avec l'autre. C'est ce que pense Lebrun, et son opinion est incontestable dans la jurisprudence romaine et dans les coutumes où les formalités du nantissement subsistent encore : mais elle n'est pas indistinctement vraie dans les pays où tout acte public produit une hypothèque tacite ; car on ne peut douter, d'après un pareil usage, que le légitimaire n'ait hypothèque, non seulement sur les biens du donataire dont les droits ne peuvent être fondés que sur un acte notarié, mais encore sur les biens de l'héritier, lorsque celui-ci accepte la succession pardevant notaires ou en justice. On sent même que cette hypothèque doit dater contre l'un du jour de la donation, et contre l'autre du jour qu'il a pris qualité. *V.* au mot *Légataire*, §. 6, n. 16, les raisons et les autorités qui justifient ce sentiment par rapport aux legs : elles s'appliquent ici avec la plus grande justesse ; et, ce qu'il y a de remarquable, l'arrêt du parlement de Toulouse, du 22 août 1733, que nous rapportons dans l'article cité, ordonne expressément, « qu'en cas d'insuffisance des biens de Jean Méjanelle premier, les créanciers et légataires et *légitimaires* dudit Jean Méjanelle premier seront payés des sommes à eux dues sur les biens dudit Jean deuxième, à compter du jour qu'il accepta l'hérédité dudit Jean son père ».

Lorsque la Légitime est laissée et prise à titre de legs, elle produit incontestablement hypothèque sur les biens qui proviennent du défunt, et qu'il possédait au moment de sa mort : c'est la conséquence nécessaire de la loi 1, C. *communia de legatis*, qui accorde ce droit à toutes les espèces de legs. *V. Légataire*, §. 6, n. 12.

Mais en est-il de même dans la thèse générale ? La négative ne souffre pas le moindre doute dans le droit romain ni dans les pays de nantissement : mais dans les provinces où les actes publics em-

Source : BIU Cujas

portent hypothèque de plein droit, on doit regarder les biens donnés comme hypothéqués à la Légitime du jour de la donation, et les biens trouvés dans la succession, comme soumis à la même charge, du jour que l'héritier a pris qualité par acte notarié ou judiciaire. C'est ce qui est établi, pour les premiers, par les coutumes de Senlis, art. 161; de Valois, art. 133; de Clermont, art. 129; et c'est ce qui a été jugé pour les seconds, par un arrêt du parlement de Grenoble, du 18 décembre 1634, rapporté dans le recueil de Basset.

On dira sans doute que cette question est indifférente; et en effet, elle paraît telle à la première vue : tout le monde convient que l'action du légitimaire est personnelle *in rem scripta*, qu'elle peut être intentée contre un tiers possesseur, qu'elle n'est pas même purgée par un décret pratiqué du vivant du père : d'après cela, peu importe, ce semble, que cette action soit hypothécaire ou non.

Cependant il peut se présenter certains cas où ces deux hypothèses différeraient beaucoup l'une de l'autre : par exemple, il a été jugé par un arrêt du parlement d'Aix, du 16 décembre 1659, rapporté dans le recueil de Boniface, qu'un légitimaire n'avait pas le droit d'offrir, au préjudice d'un créancier qui s'était fait adjuger le bien de son père; et il est certain qu'on n'aurait pas pu lui contester ce droit, s'il avait eu une hypothèque quelconque. *V. Droit d'offrir.*

[[Au surplus, à compter de la publication de la loi du 11 brumaire an 7, et jusqu'à celle du Code Napoléon, qui a abrogé la Légitime et lui a substitué la *réserve* dont nous parlerons sous ce mot, les légitimaires n'ont pu faire valoir leurs hypothèques qu'à l'aide d'inscriptions hypothécaires. *V. Hypothèque*, sect. 2.]]

Nous venons de dire que l'action du légitimaire peut être intentée contre un tiers acquéreur, même sans le secours d'aucune hypothèque. C'est en effet ce que le parlement de Grenoble a jugé dans l'espèce suivante.

Le sieur Debon, médecin à Grenoble, héritier du sieur Debon, chirurgien, son père, avait vendu au sieur Charpenat un domaine dépendant de la succession du sieur Debon père, moyennant 10,084 liv., dont 6000 liv. avaient été déléguées au paiement des créances de la dame Breize, sa veuve. — Les demoiselles Debon, créancières de leur Légitime, assignèrent, pour se la faire payer en nature, tant le sieur Debon leur frère, que le sieur Charpenat. — Celui-ci se défendit par deux moyens principaux : il soutint d'abord que la vente qui lui avait été faite, ayant une cause nécessaire, elle ne pouvait, sous aucun prétexte, être révoquée; en second lieu, que l'action des légitimaires ne pouvait même être dirigée contre lui que subsidiairement et en cas d'insuffisance des biens libres de l'héritier, qu'on devait préalablement discuter. — Le juge de Grenoble avait accueilli cette défense, et mis Charpenat hors de cour et de procès, sauf aux demoiselles Debon à se pourvoir par la voie de l'action hypothécaire, en cas d'insuffisance des biens libres : mais sur l'appel de cette sentence de la part des demoiselles Debon, il a été rendu le 15 février 1780, arrêt qui l'a infirmée, et condamné Charpenat à rapporter le domaine acquis, et à en délaisser les portions qui seraient assignées aux demoiselles Debon pour leur Légitime. — Pour montrer le mal-jugé de la sentence, les demoiselles Debon disaient qu'il était contre tous les principes d'obliger les légitimaires à discuter l'héritier, avant que d'attaquer les tiers possesseurs; que l'action hypothécaire devait bien être précédée de la discussion du débiteur; mais que l'action du légitimaire, appelée en droit *conditio ex lege*, était toute différente; que c'était une sorte de revendication qui pouvait être intentée directement contre tous les possesseurs des biens : elles s'étayaient principalement sur l'avis du président Favre, C. *de inofficioso testamento*, *def.* 32; et de Lebrun, *des successions*, liv. 2, ch. 3, n. 6.

3° Il n'y a point de difficulté sur la question de savoir si l'action en paiement de la Légitime est solidaire contre chacun des héritiers : la négative a été prononcée par un arrêt du parlement de Dijon, du 16 février 1617, rapporté par Bouvot; et cette décision est hors de doute, dans le cas où le légitimaire n'a point d'hypothèque sur les biens du défunt; car s'il en avait une, il pourrait agir contre l'un des héritiers personnellement pour sa part, et hypothécairement pour le tout.

VI. Lorsque la Légitime a été payée, et que le légitimaire vient à être évincé des choses assignées pour la remplir, il peut se pourvoir en garantie contre les héritiers ou les donataires; et réciproquement si les héritiers ou les donataires souffrent quelque éviction dans ce qui leur est resté, ils ont une action contre le légitimaire pour lui faire rendre ce qu'ils lui ont payé au-delà de sa portion, en égard à l'objet de l'éviction, depuis qu'ils en ont fait la délivrance.

Voici comme Pothier développe l'effet de ces garanties respectives : — « Si le légitimaire souffre éviction de quelqu'une des choses échues en son lot, n'ayant pas, au moyen de cette éviction, sa Légitime complète, il a recours contre le donataire sur les biens qui lui sont restés, et subsidiairement sur le donataire précédent, pour répéter la valeur de la chose qui lui a été évincée; il ne la répètera néanmoins que sous la déduction d'une part pareille à celle qu'il avait droit de prendre pour sa Légitime dans la masse qu'on dresse pour en faire la fixation : par exemple, si ce qui lui a été évincé vaut 800 livres, et que le défunt ait laissé quatre enfans, sa Légitime étant le huitième de cette masse, il ne répètera que 700 livres; car la masse des biens dans laquelle il doit prendre un huitième pour sa Légitime, se trouvant par cette éviction diminuée de 800 livres, sa Légitime, qui est un huitième de cette masse,

Source : BIU Cujas

doit diminuer dans la même proportion, et par conséquent de 100 livres. *Vice versâ*, et par la même raison, si c'est le donataire qui a souffert éviction de quelqu'une des choses qui lui étaient restées, il a droit de répéter contre le légitimaire une portion de la valeur de la chose évincée, pareille à celle que le légitimaire a droit de prendre dans la masse universelle des biens : par exemple, dans la même supposition qu'il y eût quatre enfans, et que la chose évincée au donataire, fût de la valeur de 800 livres, il répètera 100 livres contre le légitimaire ».

Y a-t-il ouverture à l'action en garantie de la part du légitimaire, lorsque le débiteur d'une rente qui lui a été donnée en paiement, devient insolvable ? Régulièrement la garantie, en matière de dettes actives, n'a point d'autre fin que d'en assurer l'existence et la légitimité; il n'y a que la clause de *fournir et faire valoir* qui oblige le garant à répondre de l'insolvabilité du débiteur, et cette clause ne se supplée jamais. (*V. Garantie de Créances*), et sur ce fondement, la loi 77, §. 18, D. *de legatis* 2°, décide que les cohéritiers ne sont pas garans les uns envers les autres, de l'insolvabilité des débiteurs sur lesquels les créances de la succession leur ont été respectivement assignées par le partage.

Rien n'empêcherait néanmoins qu'en obligeant un légitimaire de prendre en paiement un contrat de rente, le juge ne lui réservât un recours contre l'héritier, en cas d'insolvabilité du débiteur; et c'est ce qu'a fait un arrêt du parlement de Toulouse, du 12 septembre 1710, rapporté dans le Journal du palais de cette cour, tome 3, page 353. — Cette réserve, qui a le même effet que si elle était stipulée par un partage volontaire, n'est alors que la compensation du désavantage que l'on fait éprouver au légitimaire, en lui assignant une créance au lieu d'un bien-fonds, ou d'une somme de deniers comptans.

V, Institution contractuelle, Legs, Légataire, Héritier, Succession, Substitution, Dot, Réserve, Réserves coutumières, Légitimation, Quarte falcidie, Quarte trébellianique, Lésion, §. 4, *Partage, Donation, Exhérédation, Inofficiosité, Rapport, Quint, Renonciation*, etc.

[[LÉGITIME DE GRACE. *V. Légitime*, sect. 8, §. 2, art. 1, quest. 2.]]

* LÉGITIME ADMINISTRATION ou LOYALE ADMINISTRATION. C'est ainsi que quelques unes de nos coutumes nomment un des effets de la puissance paternelle, en vertu duquel le père a ordinairement l'usufruit des biens de ses enfans sous diverses modifications.

Les coutumes de Nivernais, de Berry, de Bourbonnais, d'Auvergne, du duché de Bourgogne et de Poitou, se servent également de ce mot; mais elles n'y attachent pas toutes le même sens. Quelques unes n'entendent par-là qu'une simple administration sans profit. Pour bien distinguer tout cela, on va parler séparément de chacune de ces coutumes.

1° La coutume de Nivernais dit, chap. 30, art. 6, que « les pères et mères sont Légitimes administrateurs des corps et biens de leurs enfans pupilles ». L'art. 9 ajoute que « si les enfans sont pubères à l'heure du décès de leurs père ou mère, le survivant desdits pere et mère demeurera curateur ou Légitime administrateur ». L'art. 2 dit enfin que *tutelle ou administration Légitime, à défaut de père, est déférée à la mère des mineurs...; et à défaut d'eux, aux aïeuls ou aïeules, paternels ou maternels, et sont préférés les aïeuls ou aïeules, les paternels aux maternels.*

On voit que la coutume de Nivernais emploie improprement le terme de *Légitime administration*, au lieu de ceux de *tutelle* ou *curatelle Légitime*, puisqu'elle n'attache aucun émolument à ce droit qu'elle étend d'ailleurs à la mère et aux aïeuls, contre le texte des lois romaines, d'où le droit de Légitime administration est dérivé.

Coquille explique fort bien cela dans son commentaire sur l'art. 2. « Tutelle Légitime (dit-il), et administration Légitime, à parler proprement, sont deux choses diverses. Le père se dit Légitime administrateur de son enfant, qui est en sa puissance; et quand l'enfant est émancipé, le père devient Légitime tuteur : mais, selon le commun usage, et comme il est dit ci-dessus, art. 6, les deux sont confondus. Selon cette propriété, la mère ne peut avoir la Légitime administration; car elle ne peut avoir ses enfans en sa puissance, mais bien peut avoir la tutelle Légitime. Selon le droit romain, le père Légitime administrateur à l'usufruit des biens adventices de son fils, lequel usufruit ne périt *etiam* par la mort du fils, ni par les secondes nôces du père. *L. si quis, in fine et ibi Bartol. C. ad Tertull. L. ult. C. de bonis matern.*; et sont les biens du père tacitement hypothéqués pour cette administration Légitime, à commencer du jour qu'il a commencé d'administrer. *L. cùm oportet*, §. *non autem, et* §. *ult. C. de bonis quæ liberis.* Mais en ce pays, nous ne pratiquons ce gain des fruits, et tenons le père comme tuteur ».

2° La coutume de Berry admet au contraire une administration Légitime, avec gain de fruits, dans le titre 1er *de l'état et qualité des personnes.* C'est ainsi qu'on doit entendre l'art. 22, qui dit que « le père est Légitime administrateur des biens maternels et autres adventifs, appartenant à ses enfans étant en sa puissance ». Mais les art. 24, 27 et 29, étendent ce droit à la mère, aux aïeuls et aïeules, et même aux collatéraux. L'art. 26 le nomme indifféremment *bail* ou *administration*, en parlant du père comme en parlant des autres parens. Il faut donc tenir que, dans la coutume de Berry, le droit de Légitime administration n'est guère autre chose que la garde noble ou bourgeoise, à laquelle il ressemble d'ailleurs par beaucoup d'autres points. C'est par cette raison que l'on

Source : BIU Cujas

range la coutume de Berry au nombre de celles où le droit de garde est admis. *V. Garde-noble.*

3° La coutume de Bourbonnais a confondu, comme celle de Nivernais, la tutelle Légitime et l'administration, dans l'art. 175, où elle dit que la mère est *tutrice et Légitime administraresse de ses enfans mineurs.* Il suffit de lire le reste de l'article, pour voir que la mère n'a aucun droit d'usufruit. Mais elle diffère de la coutume de Nivernais, en ce qu'elle donne au père, dans la même qualité, l'usufruit de ses enfans. — « Le père (dit l'art. 174), est administrateur Légitime des biens *maternels adventifs* de ses enfans étant en sa puissance, et fait les fruits siens, si bon lui semble, jusqu'à l'âge de quatorze ans, quant aux filles, et dix-huit ans, quant aux mâles; et sera tenu le père, en prenant ladite administration, payer et acquitter les charges que doivent lesdits héritages, et à la fin de ladite administration, rendre lesdits héritages en bon état; et est tenu le père de faire inventaire desdits biens, et les rendre à sesdits enfans, l'usufruit fini; et si ledit père se remarie, ou que lesdits enfans meurent avant ledit temps, l'usufruit et administration sont finis ».

Cet usufruit du père a, comme on le voit, presque autant de rapport à celui qui est une suite du droit de garde, qu'à l'usufruit établi par le droit civil, en conséquence de la puissance paternelle. C'est sans doute tout ce qu'Auroux des Pommiers a entendu, lorsqu'il a dit dans son commentaire sur cet article, n° 1, que *ce droit du père s'appelle garde*, et que *la garde est un effet de la puissance paternelle* : car personne n'ignore que le droit de garde dérive bien plus du système feodal que de la puissance paternelle.

Le texte original de la coutume, qui est dans les archives de la chambre du domaine, et l'édition très soignée qui est à la suite de la bibliothèque des coutumes, portent dans l'art. 174, comme on l'a mis ici, que le père est administrateur des biens *maternels adventifs* de ses enfans. Cela a fait douter si le père avait bien le droit de jouir des immeubles échus à ses enfans, autrement que par le décès de leur mère. Pothier, ancien commentateur de la coutume de Bourbonnais, tenait la négative; mais Auroux des Pommiers, d'après Duret et Jean de Culant, autres commentateurs, est pour l'affirmative. Il observe que ce droit d'usufruit est tiré des lois romaines, qui ne font pas cette distinction, et qu'il y a lieu de croire que la conjonction *et* a été omise par erreur dans le texte original, et qu'il faut lire *biens maternels et adventifs*, comme dans la nouvelle édition du coutumier général et dans les coutumes d'Auvergne et de Berry. Duret assure que cela s'observait ainsi de son temps. Mais on doit mettre à ce principe les mêmes restrictions que le droit civil y avait apposées relativement aux différentes sortes de pécules qui pouvaient appartenir aux enfans de famille.

Quoique la coutume exige que le père fasse inventaire, Dumoulin et Auroux des Pommiers décident que le défaut de cette formalité n'empêche pas le père de faire les fruits siens : *quia*, dit Dumoulin, *inventarium nihil habet commune cum reliquis.* La coutume d'ailleurs ne prononce point la peine de la privation d'usufruit, et les lois pénales ne se suppléent point.

La coutume de Bourbonnais s'écarte sur-tout du droit romain, en faisant cesser l'usufruit par le second mariage du père, par le mariage des enfans, et par leur mort. Mais les mêmes auteurs observent encore que l'usufruit du père ne cesse point, même pour partie, par le décès d'un de ses enfans, quand il en reste d'autres qui ne sont pas émancipés : *scilicet*, dit toujours Dumoulin, *omnes sine liberis, quia quandiù unus filiorum, vel è stirpe naturali et legitimâ superest, illi accrescit.* Ces biens doivent d'ailleurs suivre le sort des autres biens adventifs, où, comme on vient de le voir, le père a l'usufruit, quoiqu'ils ne procèdent pas de la mère.

4° La coutume d'Auvergne, tit. 11, art. 4, qualifie aussi la mère de *tutrice et administraresse de ses enfans mineurs ;* mais elle n'entend de même par-là qu'une tutelle Légitime sans aucun profit, pour laquelle d'ailleurs elle préfère le tuteur nommé par le testament du père, et à défaut de tuteur testamentaire, l'aïeul paternel des mineurs, ou leur frère aîné, s'il est majeur. *V.* les art. 1, 3 et 6 du même titre.

Cette coutume admet néanmoins, comme celle de Bourbonnais, une administration Légitime, avec gains des fruits en faveur du père. Suivant l'art. 2 du tit. 11, « le père est administrateur Légitime *des biens adventifs* (1) de ses enfans, et fait les fruits siens, et n'est tenu de faire inventaire ni rendre compte. Mais s'il convole à secondes nôces, est tenu, avant le mariage, de faire inventaire, *sur peine d'être privé de l'usufruit qu'il a sur iceux* ».

Ces derniers mots de l'art. 2 ont donné lieu à une question. On a demandé si le seul fait du convol en secondes nôces, sans avoir préalablement fait inventaire, opérait de plein droit la privation de l'usufruit, ou s'il était nécessaire d'obtenir une sentence du juge, pour faire déclarer la privation encourue.

Aimon cite dans son commentaire, beaucoup d'argumens et d'autorités dont le résultat est qu'il faut distinguer entre les peines dont l'énonciation est conçue au temps présent, et celles dont les termes se rapportent au temps futur; « et, suivant cette distinction (ajoute-t-il), le père n'est dit être privé de l'usufruit devant la sentence, parceque ces mots, *sur peine d'être privé de l'usufruit*, sont du temps futur, et se rapportent à l'acte qui doit être expédié en jugement ».

Basmaison paraît croire que ce n'est point là le

(1) D'autres articles de la coutume, qui ont la même disposition, disent *des biens maternels et adventifs.*

Source : BIU Cujas

sens de la coutume : mais il convient que, dans l'usage, on laisse jouir le père de l'usufruit, jusqu'à ce qu'il en ait été déclaré déchu par jugement, sauf aux enfans à exercer la répétition de cette créance sur la succession de leur père après son décès. « Toutefois (dit-il), jusqu'à la déclaration de la privation de l'usufruit, le père fait siens les fruits des biens échus et qui écherront à ses enfans, *selon l'erreur commune, contre la raison et l'intention de la coutume*, qui a entendu priver, *ipso jure*, le père de l'usufruit, par le convol à secondes nôces, sans attendre autre déclaration judiciaire, vu que les enfans pupilles, adultes ou majeurs de vingt-cinq ans, ne délaissent pas d'être toujours sous l'administration et le gouvernement du père, qui ne poursuivra point contre lui-même une provision du curateur à ses enfans, pour se faire déclarer privé de l'usufruit. Aussi, les enfans majeurs de vingt-cinq ans n'irriteront pas leur père par la poursuite de cette privation, *se contentant que le rétablissement des fruits leur soit assuré après son décès par la disposition de la coutume* ».

Le père ne peut pas néanmoins, comme le remarque fort bien cet auteur, « purger ni réparer sa négligence de n'avoir pas fait inventaire après les nôces, quand bien il présenterait un loyal inventaire, d'autant que la privation de l'usufruit est déjà encourue et commise, et qu'il ne reste seulement que de la faire déclarer par le juge, vu que la coutume a prescrit un temps certain pour faire l'inventaire, et constitué une peine certaine par faute de ce faire, et que la négligence tire quant à soi l'exécution de la peine, pour l'intérêt des enfans; il s'ensuit donc que la punition de la négligence du père n'a plus de lieu, s'il n'y a légitime empêchement, qui vient de la minorité et du bas âge du père, qui le pourra faire relever et restituer de cette omission ».

Ce commentateur décide encore, « que le père ne doit estimer que la constitution des biens maternels, portée par son contrat de mariage, le relève de faire inventaire, pour empêcher la privation de l'usufruit, vu que les enfans peuvent avoir d'autres biens que les maternels, et qu'ils ont intérêt d'avoir plusieurs documens d'iceux, outre que le père reconnaît, par l'inventaire, la réception des choses constituées, ou l'action qu'il a pour icelles ».

Le père qui *fiance ou marie sa fille*, est pareillement privé de l'usufruit des biens qui lui appartiennent, à moins qu'il n'en fasse une réserve expresse, suivant l'art. 48 du titre 14. Basmaison fait observer sur cet article, que le droit commun de la France qui émancipe les fils comme les filles, lorsqu'ils se marient du consentement de leur père, « ne peut pas être reçu au pays d'Auvergne coutumier, qui n'admet cette privation spéciale qu'à l'égard de la fille ».

Enfin l'art. 49 du même titre décide, conformément aux lois romaines, que « l'usufruit du père dure, nonobstant que l'enfant trépasse le père vivant ».

5° La coutume de Bourgogne admet à la fois et le droit de garde-noble, sous le nom de *baillisterie*, et l'usufruit que le droit civil assure au père sur les biens de ses enfans non émancipés, en qualité de *Légitime administrateur*. Elle parle de ces deux sortes de droits au chap. 6 *des enfans de plusieurs lits*.

L'art. 4 porte « qu'entre gens nobles, la femme, après le trépas de son mari, se peut, si bon lui semble, dire bailliste de ses enfans, du consentement des parens et amis prochains paternels de ses enfans, si par le père n'y est autrement pourvu; et a à son profit tous les meubles ». — La suite de l'article attache à la baillisterie tous les autres émolumens (1) et toutes les charges, qui sont une suite de la garde-noble, suivant le droit commun de nos coutumes; l'art. 5 attribue au père survivant, « aussi entre gens nobles, sous le nom de bailliste et Légitime administrateur des corps et biens de ses enfans », les mêmes avantages, avec des charges semblables.

L'art. 6 ne donne à la veuve entre bourgeois qu'une simple tutelle, sans aucun émolument. Mais l'art. 7 est plus favorable au père : « et aussi (y est-il dit), le père est Légitime administrateur des corps et biens de ses enfans; et, après le trépas de sa femme, prend les biens de sesdits enfans par inventaire, et demeure obligé de rendre les meubles et héritages à sesdits enfans, quand ils seront en âge suffisant, et séparés de leurdit père, en faisant les fruits siens, et maintenant lesdits héritages en convenable état, et en alimentant sesdits enfans ».

Quoique la baillisterie appartienne privativement aux nobles, il ne faut pas croire que l'administration Légitime du père appartienne de même privativement aux roturiers. « Le 20 août 1678 (dit Davot, dans son *Traité de la Puissance paternelle*, n° 15), le parlement certifia qu'en Bourgogne le père noble non bailliste a l'usufruit des biens de ses enfans, et que l'usufruit s'étend sur les biens maternels échus, et sur ceux qui peuvent venir d'ailleurs ». — Le père noble a souvent intérêt de préférer la Légitime administration à la baillisterie. Celle-ci l'oblige à acquitter les dettes de ses enfans, suivant les art. 4 et 5; celle-là n'impose point d'obligation pareille.

Excepté les différens pécules, dont les lois assurent la jouissance même aux enfans, les biens qui leur obviennent, soit avant, soit depuis le décès de la mère, tombent dans l'usufruit du père. Cela peut faire d'autant moins de difficulté, que les

(1) L'art. 226 des *cahiers pour la réformation* dit que l'usufruit des baillistes a lieu sur les immeubles de leurs enfans, *en quelque lieu que les héritages soient situés*; mais cela souffre bien des difficultés. *V.* les notes 79 et 133 de Bannelier sur les *traités de droit français* de Davot.

Source : BIU Cujas

lettres-patentes du 26 août 1459, portant approbation de la première rédaction des coutumes de Bourgogne, veulent qu'*icelles coutumes soient déclarées et interprétées selon le droit écrit, et non autrement.*

Conformément à ce principe, *une délibération secrète du palais, à la date du 17 juin* 1656, citée aussi par Davot, décide « que le père, quoique remarié, fait les fruits siens jusqu'à ce que les enfans soient en âge ou séparés de lui ».

Cependant on s'écarte, dans l'usage, de la disposition des lois romaines, en ce qu'elles perpétuent l'usufruit du père, tant qu'il vit, lors même que tous les enfans, dont les biens y donnaient lieu, sont prédécédés. Bannelier, dans sa note 82 sur Davot, en donne pour raison, que, suivant la coutume, l'usufruit du père est une dépendance de son *administration Légitime des corps et biens* de ses enfans, qu'il porte la charge expresse de les *alimenter*, et qu'il dure seulement jusqu'à ce que les enfans soient *séparés* du père; ce qui suppose bien qu'il ne peut durer après leur mort.

L'obligation de faire inventaire, qui est imposée au père, Légitime administrateur, par l'art. 7, n'emporte point la privation de l'usufruit, lorsqu'on manque de la remplir. Le président Bouhier, qui se récrie fortement contre les inconvéniens de cette omission, paraît désirer, plutôt que décider, qu'on prononce cette peine. Il voudrait aussi qu'en pareil cas, on déclarât constamment garant de cette omission le curateur ou subrogé-tuteur des mineurs, suivant un arrêt rapporté par Bégat.

La peine de cette omission dépend beaucoup des circonstances. Davot, dans son *Traité des Tutelles*, n° 12, cite quatre arrêts qui ont accordé aux enfans le serment *in litem*, joint la commune renommée, et trois autres qui l'ont rejeté, même en cas de second mariage. Cependant la jurisprudence, qui admet ce serment, serait d'autant plus nécessaire en Bourgogne, que le défaut d'inventaire n'y emporte point la continuation de communauté, comme dans la plus grande partie de la France, à moins que ce ne soit entre mains-mortables; et cette exception même n'a été introduite en leur faveur que pour diminuer les cas de l'échute ou succession des seigneurs.

6° La coutume de Poitou ne donne qu'au père seul le titre et les droits de Légitime administrateur; mais la singularité de ses dispositions exige qu'on entre dans de certains détails (1).

L'art. 310 dit que *les enfans sont en la puissance du père, soit noble ou roturier;* et l'art. 308, qui en est évidemment une conséquence, porte: « Le père, soit noble ou roturier, n'est tuteur ou curateur de ses enfans; ains est appelé *loyal administrateur* d'iceux; car il a l'administration de la personne et biens de ses enfans; desquels biens n'est tenu faire inventaire, sinon à la poursuite des prochains parens desdits mineurs, en faveur desquels peut être contraint faire inventaire dûment; et durant le temps qu'il n'aura fait inventaire, les mineurs auront communauté de biens avec lui, si bon leur semble..... ».

Les articles suivans assurent au père l'usufruit des immeubles de ses enfans.

L'art. 318 dit même que si le fils, avant l'âge de vingt-cinq ans accomplis, *acquiert aucun meuble, ils appartiennent au père.* Mais cet article n'entend parler que des meubles que le fils acquiert par son travail ou par lui-même, et non pas de ceux qui lui obviennent à titre de succession, de donation ou de legs. Si le silence de la coutume pour ces sortes de meubles, si l'obligation de faire inventaire, imposée au père par l'art. 308, si la continuation de communauté qu'il établit au profit des enfans, à défaut d'inventaire, ne suffisaient pas pour montrer que le vœu de la coutume est de laisser au fils la propriété de ces dernières espèces de meubles, la disposition de l'art. 234 lèverait tous les doutes: il dit que « si la femme meurt la première et ait donné les meubles à son mari, les enfans ne pourront faire ni continuer la compagnie de communauté de biens: car ils n'avaient aucuns meubles, et le père fait les fruits siens des héritages ». — La continuation de communauté n'a donc lieu dans le cas de l'art. 308, que parceque les meubles appartiennent aux enfans.

On n'admet guère néanmoins les parens à contraindre le père à la confection d'inventaire, que lorsqu'il est suspect de dissipation, ou extrêmement pauvre, ou pour d'autres causes semblables, comme le dit Boucheul.

Le père n'étant pas tenu de plein droit de faire inventaire, c'est une conséquence nécessaire qu'il n'est pas obligé de donner caution; la mère même en est dispensée pour sa tutelle légitime. Cependant il peut y avoir des circonstances particulières, où la justice peut exiger cette caution, ou séquestrer les revenus en main tierce, de laquelle le père les reçoit. Automne et Boucheul d'après lui, citent un arrêt du parlement de Bordeaux qui l'a ainsi jugé.

L'émancipation du fils hors la puissance du père, fait cesser cet usufruit. Cette disposition est de droit

(1) On chercherait vainement des lumières, pour expliquer ces singularités, soit dans l'ancienne rédaction de 1509, soit dans le très ancien coutumier rédigé un peu après le commencement du quinzième siècle. La nouvelle coutume y est absolument conforme, à l'exception de ce qui est dit dans l'art. 316 de *l'âge de vingt-cinq ans*; les deux précédentes rédactions, dans l'article correspondant, n'exigeaient que l'âge de vingt ans et un jour. On voit aussi dans le très ancien coutumier, que le droit de *bail* avait lieu au profit des parens collatéraux, antérieurement à cette rédaction, et que les meubles échus depuis l'ouverture du bail, y tombaient entièrement. La tutelle légitime que l'art. 306 attribue à la mère, est la seule chose qui puisse avoir aujourd'hui quelque rapport à cet ancien droit.

Source : BIU Cujas

commun : mais la coutume de Poitou y ajoute des modifications si bizarres, et sur lesquelles les commentateurs s'accordent si peu, qu'il faut les expliquer ici avec quelque étendue.

Il n'y a point de difficulté pour l'émancipation expresse. La coutume déclare dans l'art. 211, que le père doit la faire *devant le juge ordinaire ayant moyenne juridiction pour le moins*. Quant à l'émancipation tacite, la coutume distingue entre les nobles et les roturiers ; et entre les garçons et les filles dans les articles suivans. — « *Art.* 312. Le fils d'aucun roturier marié, qui a demeuré en son ménage hors de l'hôtel et compagnie de son père, par an et jour, est dès-lors taisiblement émancipé, et est usant de ses droits, sans qu'il lui soit besoin d'autre émancipation. — 313. Autre chose est d'un enfant noble, qui, pour être marié, ou pour demeurer hors la maison de son père, n'est émancipé, ains convient qu'il y ait émancipation expresse. — 314. Mais la fille, dès qu'elle est mariée, est hors la puissance de son père, et entre la puissance de son mari ».

L'art. 315 dit que le père n'a *aucun usufruit, ni autre portion* sur les biens de ses enfans émancipés, *si expressément il ne l'avait retenu.*

D'après tous ces textes, l'usufruit du père cesse, pour les filles, dès l'instant de leur mariage. Il ne cesse pour les roturiers, que lorsque le mariage a été suivi d'un ménage séparé par an et jour : au contraire, le mariage et l'habitation séparée des fils nobles ne font pas cesser l'usufruit du père. Cela semble d'abord assez clair : mais les trois articles suivans contiennent de nouvelles dispositions assez difficiles à concilier avec les précédentes. — « *Art.* 316. Le fils étant en la puissance de son père, *et non émancipé, s'il est marié, dès qu'il a passé l'âge de vingt-cinq ans, fait les fruits de la terre siens*, et les peut prendre et lever à son profit, sans que sondit père le puisse empêcher, encore que lesdits biens lui fussent venus de par son père, sans réservation d'usufruit par lui faite sur iceux. — 317. Mais si ledit fils n'était marié, et sondit père se remarie, ledit père néanmoins jouira desdits fruits jusqu'à ce que son fils ait l'âge de vingt-cinq ans ; et si le père ne se remarie, *il fera toujours les fruits siens, tant que le fils ne sera marié ;* et en ce faisant, sera tenu ledit père entretenir ledit fils selon son état et faculté. — 318. Ledit fils étant en puissance de son père, et demeurant avec lui, peut acquérir ; et sont lesdits acquêts, meubles et immeubles siens et à son profit ; et n'y a rien le père après que le fils a accompli l'âge de vingt-cinq ans. Mais *avant ledit âge, si ledit fils acquiert aucuns meubles, ils appartiennent au père, et semblablement les fruits des immeubles ;* et au regard de la propriété desdits immeubles, il n'y a rien, et appartient au fils ».

Ces trois derniers articles parlent du fils en général, sans distinction du noble et du roturier.

Il en résulte, 1° que le fils n'est point émancipé par le mariage ; mais que le mariage lui donne néanmoins le droit de jouir de ses revenus, dès qu'il est majeur, sans qu'il soit besoin, même pour les roturiers, de la demeure séparée d'an et jour, dont parle l'art. 312, qui doit s'entendre par conséquent des roturiers mineurs seulement. Tel paraît être le véritable sens de l'art. 316, comparé avec l'art. 312 ; il n'y a point de contradiction à admettre que la coutume n'émancipe le fils que pour l'administration de ses revenus, en conservant la puissance paternelle pour le surplus, comme le soutiennent plusieurs commentateurs. — L'art. 527 de la coutume de Bretagne, voisine du Poitou, porte « que si l'enfant est marié avec l'assentiment de son père, et a femme épousé, il est émancipé par la coutume, *quant à jouir de ses biens* ».

Il en résulte, 2° que l'âge de vingt-cinq ans, hors le cas du mariage du fils, ou du second mariage du père, ne donne pas au fils, même roturier, le droit de jouir par lui-même de ses revenus, à l'exception de ceux des immeubles qu'il a acquis personnellement après l'âge de vingt-cinq ans.

C'est ainsi que Constant et Boucheul, dans leurs commentaires sur les art. 312, 316 et 317, en concilient les dispositions. Cependant Barraud sur le tit. 9 de la coutume de Poitou, Thevenau sur l'art. 318, Lelet et Filleau sur l'art. 312, prétendent que le fils de famille roturier, quoiqu'il ne soit pas marié, est tacitement émancipé et maître de ses droits dès qu'il a l'âge de vingt-cinq ans : ils se fondent sur le privilège que l'art. 318 donne au fils majeur.

Mais Boucheul observe fort bien que cet article ne parle des acquêts faits par le fils lui-même, que par forme d'exception, qui confirme la règle générale pour les autres biens. Constant, en ses additions sur l'art. 317, cite même un jugement de la sénéchaussée de Poitiers du 12 juin 1641, qui a jugé que le père continuait à faire siens les fruits des héritages de son fils majeur de vingt-cinq ans, tant qu'il n'était point marié, « et ce nonobstant que le fils eût soutenu qu'il n'avait point été nourri par son père, ni demeuré au logis de son père depuis qu'il avait atteint l'âge de vingt-cinq ans ».

C'est plus évidemment encore contre le vœu de la coutume, que d'autres commentateurs, comme Liége dans ses notes sur l'art. 312, veulent induire de la conjonction *ou*, employée dans l'art. 313, et de la relation de cet article avec l'art. 312, qu'il suffit pour l'émancipation du roturier, qu'il soit ou marié, ou demeurant séparément de son père depuis an et jour.

Boucheul a fort bien observé que l'ancienne coutume, au lieu de ces mots, *pour être marié, ou pour demeurer hors de la maison de son père*, disait, *pour être marié* NE *pour demeurer hors la maison de son père*, et que la particule *ou*, employée dans la nouvelle coutume, avait le même sens ; « qu'elle était employée, non comme disjonctive, mais plutôt pour une conjonctive, ou du moins par forme de détermination, *l. sæpe* D.

Source : BIU Cujas

de verborum significatione, L. *quod si ephesi*, D. *de eo quod certo loco*; c'est-à-dire, que l'enfant noble, quoique marié, et, *ou même*, quoique demeurant hors la maison de son père, n'est pas émancipé ».

Ce dernier point est assez généralement admis aujourd'hui : mais quoique ce qu'on vient de dire, d'après Boucheul, sur le privilège des majeurs de vingt-cinq ans, paraisse être aussi le véritable sens de la coutume, l'usage commun de la province de Poitou, qui ne paraît, à la vérité, fondé sur aucun arrêt, est en effet que le roturier est tacitement émancipé par le seul fait de sa majorité.

Au reste, on suit en Poitou la décison de l'art. 174 de la coutume de Bourbonnais, et non pas le droit du Code, sur la cessation de l'usufruit du père après la mort de ses enfans. — Pour lors, les fruits pendans par les racines, se divisent entre les héritiers des enfans et le père, à proportion du temps de la durée de l'usufruit. La loi 7, D. *soluto matrimonio*, et la loi 5, §. dernier, D. *de usufructu*, donnent cette décision à l'égard du mari pour les biens de sa femme, parcequ'il supporte les charges du mariage. Boucheul observe fort bien que la raison est la même pour le père, qui ne jouit des biens de ses enfans qu'à la charge de les entretenir.

Cette décision doit s'étendre à toutes les coutumes où l'usufruit du père cesse par le décès de ses enfans.

Il faut d'ailleurs suivre dans la coutume de Poitou, comme dans toutes les autres, les restrictions que les différentes sortes de pécules admis par les lois et par notre jurisprudence, mettent à cet usufruit.

Un arrêt célèbre du 3 juillet 1642, rapporté tout au long avec les plaidoyers des parties et celui de M. l'avocat général Talon, dans les additions de Constant sur l'art. 308 de la coutume de Poitou, a même jugé valable le testament de l'aïeule maternelle des enfans du sieur Bonneval, par lequel elle le privait de toute espèce d'usufruit sur ses biens, sans distinction de ceux qui formaient la Légitime de ses petits-enfans, et de ceux dont elle avait pu disposer. Mais le sieur de Bonneval avait ravi la fille de la testatrice, et il l'avait épousée fort irrégulièrement dans le temps où il était condamné à mort pour plusieurs crimes. — Ainsi cet arrêt ne peut être tiré à conséquence.

Liège cite dans ses notes sur l'art. 308, un jugement du 19 mars 1643, c'est-à-dire, de l'année suivante, qui ne confirma un pareil testament que pour les biens dont l'aïeul maternel avait pu disposer, en conservant au père, contre le vœu du testateur, l'administration légitime et l'usufruit des biens qui composaient la légitime des enfans.

Si les créanciers du père saisissent l'usufruit dont il jouit en qualité de Légitime administrateur, les enfans peuvent user d'opposition et de rétention jusqu'à concurrence des alimens qui leur seront arbitrés, si le père n'a moyen d'ailleurs de nourrir ses enfans. Cette décision donnée par Basmaison dans son commentaire sur la coutume d'Auvergne, tit. 11, art. 2, doit encore être reçue dans toutes les autres coutumes où le père a l'usufruit des biens de ses enfans ; et sous le nom d'alimens on doit comprendre tout ce qui est nécessaire à leur entretien et à leur éducation dans le sens le plus étendu. Les créanciers du père ne peuvent pas même l'empêcher d'émanciper ses enfans, sans aucune réserve d'usufruit. Bardet, tome 1, liv. 9, ch. 16; et Bretonnier dans ses questions alphabétiques, au mot *Puissance paternelle*, rapportent un arrêt du 30 mai 1636, qui l'a ainsi jugé pour la coutume de Poitou. (M. GARRAN DE COULON.) *

[[Les lois nouvelles ont apporté à tout ce qu'on vient de lire, de grands changemens. *V. Puissance paternelle* et *Usufruit paternel.*]]

LÉGITIMITÉ. Etat d'un enfant qui a reçu la naissance d'une manière *légitime*, c'est-à-dire, approuvée par la loi.

Pour traiter cette matière avec toute la clarté qu'exige son importance, nous la diviserons en quatre sections. Dans la première, nous indiquerons la source de la Légitimité ; la seconde renfermera le détail des circonstances qui peuvent prouver ou faire présumer qu'un enfant est sorti de cette source ; la troisième aura pour objet la nature des preuves sur lesquelles ces circonstances doivent être appuyées : nous finirons, dans la quatrième, par l'exposition des règles concernant les actions en déclaration de Légitimité ou de bâtardise.

SECTION I. *De la source de la Légitimité.*

Le mariage est regardé parmi toutes les nations policées comme la seule source de la Légitimité ; ainsi, les qualités de mari et de femme sont absolument nécessaires pour donner l'être à un enfant légitime : *Filium eum definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur*, dit la loi 6, D. *de his qui sui vel alieni juris sunt.* — [[Et voilà pourquoi le Code Napoléon, liv. 1, tit. 7, ch. 1, emploie comme synonimes les mots *enfans légitimes* ou *nés dans le mariage.*]]

Il y a sur ce point deux choses à considérer. — 1° Quelles sont les qualités que doit avoir un mariage pour rendre légitimes des enfans auxquels un mari et une femme donnent le jour? — 2° Comment doit être prouvée l'existence du mariage, considéré par rapport à la Légitimité ? — Cette seconde question sera examinée d'abord en général, et ensuite relativement aux mariages contractés entre protestans. — Ainsi, nous diviserons cette section en trois paragraphes.

§. I. *Qualités que doit avoir un mariage pour rendre les enfans légitimes.*

I. Du principe que le mariage est la seule source de la Légitimité, dérive la conséquence établie par l'empereur Justinien dans ses Institutes, titre

Source : BIU Cujas

de nuptiis, qu'il ne peut naître que des bâtards d'un mariage contracté entre personnes auxquelles les lois défendent de s'unir : *Si adversùs ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed tales sunt..... quales sunt ii quos mater vulgò concepit.*

II. Il y a cependant deux exceptions à cette règle.

La première est que les enfans nés dans le concubinage, deviennent légitimes par le mariage que leur père et leur mère contractent dans la suite. *V. Légitimation.*

III. La seconde est que les enfans nés à l'ombre d'un mariage nul, mais contracté de bonne foi, sont réputés légitimes dès l'instant même de leur naissance.—On trouve quelque trace de cette maxime dans le droit romain ; mais c'est principalement au droit canonique qu'elle doit son établissement. Voici ce que porte le chapitre *cùm inter, qui filii sint legitimi*, aux décrétales : *cùm inter L. virum et T. mulierem divortii sententia canonicè sit prolata, filii eorum non debent exindè sustinere jacturam, cùm parentes eorum publicè, sine contradictione ecclesiæ, inter se contraxisse noscantur. Ideòque sancimus ut filii eorum quos ante divortium habuerunt, et qui concepti fuerunt antè latam sententiam, non minus habeantur legitimi et quòd in bonâ paterna hereditario jure succedant, et de parentum facultatibus nutriantur.*— Le chapitre *ex tenore*, dont on trouvera le texe ci-après, n. 4, dit la même chose ; et la décision de l'un et de l'autre est passée en maxime dans nos mœurs.

Deux motifs principaux ont concouru à la faire recevoir. — 1° Il y a plusieurs cas où la bonne foi, jointe à un titre coloré, purge les vices de la possession. — 2° Le nom du mariage est si saint, si puissant, que son ombre seule semble devoir couvrir le vice de la naissance des enfans. « L'église et l'état (dit M. d'Aguesseau), tiennent compte à ceux qui contractent un mariage, de l'intention qu'ils avaient de donner des enfans légitimes à la république ; ils ont formé un engagement public et solennel ; ils ont suivi l'ordre prescrit par la loi, pour laisser une postérité légitime. Un empêchement secret, un évènement imprévu trompe leur prévoyance : on ne laisse pas de récompenser en eux le vœu, l'apparence, le nom du mariage ; et l'on regarde moins ce que les enfans sont, que ce que les pères avaient voulu qu'ils fussent ».

Nous venons de dire que cette Légitimité putative est reconnue dans nos mœurs ; c'est en effet ce que prouvent plusieurs monumens de notre jurisprudence.

Le roi Philippe-Auguste s'était cru autorisé, par une sentence de l'archevêque de Reims, à regarder comme nul le mariage qui existait entre lui et Engelberge, et à en contracter un nouveau avec Agnès, fille d'un duc de Moravie : mais le pape Innocent III ayant dans la suite annullé le second mariage et confirmé le premier, il fut question de savoir quel état on donnerait aux enfans qui étaient nés d'Agnès. Cette cause fut renvoyée par le souverain pontife aux archevêques de Bourges et de Sens, et aux évêques de Paris, de Terrouane, de Noyon, de Soissons, de Beauvais, etc., qui, d'une voix unanime, prononcèrent pour la Légitimité, par la raison qu'Agnès n'avait épousé le roi qu'en vertu d'une sentence, et que conséquemment on devait la présumer de bonne foi.

Bouchard d'Avesnes, diacre, avait épousé Marguerite, comtesse de Flandre et de Hainaut, sans lui faire connaître le lien dans lequel il était engagé, et il en avait eu deux enfans. Après sa mort, sa veuve s'était remariée à Guillaume de Bourbon, seigneur de Dampierre, et de ce second mariage était né Guillaume de Dampierre. Celui-ci voulut exclure les enfans du premier lit de la succession de leur mère, sous le prétexte qu'ils étaient bâtards ; mais par jugement arbitral donné en 1246 par le roi saint Louis, et confirmé en 1249 par quelques commissaires du saint-siège, cette prétention fut rejetée, à cause de la bonne foi de Marguerite.

Brodeau sur Loüet, dit que « dans la seconde décision de M. Jean des Mares, est rapporté un arrêt de l'an 1380, donné au profit des enfans de M. Jean Perdriguier, contre les religieux de Saint-Jean de Jérusalem, par lequel il fut jugé que la bonne foi de la mère, qui avait ignoré la qualité dudit Perdriguier, religieux profès, rendait les enfans de son mariage légitimes, et comme tels, capables de succéder à l'exclusion de l'ordre, qui succède au pécule des chevaliers profès ».

Il y a dans le recueil *Rerum judicatarum* d'Anne Robert, un arrêt du 22 juillet 1592, qui a pareillement déclaré légitimes les enfans d'un prêtre qu'une femme avait épousé de bonne foi. On en trouvera ci-après deux autres des 30 août 1597 et 16 janvier 1610, qui ont adopté la même décision.

Henrys en rapporte un du 6 juillet 1637, qui déclare capables de succéder les enfans du mariage contracté par le sieur de la Roche-Boisseau, condamné à mort par contumace, avec une femme qui ignorait son état. On verra ci-après, que sans la bonne foi de leur mère, ils auraient été regardés comme illégitimes quant aux effets civils.

Le Journal des audiences nous en fournit deux semblables : le premier, rendu le 13 juin 1656, proclame la Légitimité d'un enfant né d'un second mariage qu'une femme avait contracté en vertu d'une sentence de l'officialité, du vivant de son premier mari qu'elle croyait mort ; le second, du 4 férier 1689, juge que la bonne foi d'une femme qui a épousé un chevalier profès de l'ordre de Malte, est seule suffisante pour autoriser les enfans à porter le nom et les armes de la famille de leur père.

On trouve dans la *Collection de jurisprudence*

Source : BIU Cujas

de Denizart, deux arrêts qui ont jugé la même chose. — Voici l'espèce du premier. En 1697, Jérôme-Dominique de Cyranno avait épousé Elisabeth de Chéry. Depuis, il l'avait abandonnée, et avait contracté en 1714 un nouveau mariage avec Marie Cherbois, *sans que la première femme se fût présentée, soit pour empêcher ce second mariage, soit pour le troubler, et pour annoncer son état à la seconde femme.* Cyranno étant mort en 1741, Elisabeth de Chéry interjeta appel comme d'abus de son second mariage; et, par arrêt du 5 septembre 1744, la cour dit qu'il y avait abus, et néanmoins adjugea la succession du défunt aux trois enfans qu'il avait eus de Marie Cherbois. — Le second arrêt est du 13 juillet 1752, et il a été pareillement rendu dans l'espèce d'un second mariage contracté du vivant de la première femme. En voici le dispositif: « La cour, en tant que touche l'appel comme d'abus (du premier mariage), interjeté par... Nicolas-Anne Jolivet (fils du second lit), dit qu'il n'y a abus; en tant que touche l'appel interjeté par la partie Aubry (la veuve Dugé, fille du premier lit) du second mariage contracté par Guillaume Jolivet avec Marie Rogery, dit qu'il y a abus, et néanmoins déclare les enfans nés dudit mariage légitimes; en conséquence ordonne qu'il sera procédé au partage de la succession de Guillaume Jolivet entre les parties d'Aubry et de Michel (Nicolas-Anne Jolivet), en rapportant respectivement les sommes par elles reçues ou par leurs auteurs ».

Rousseaud de Lacombe rapporte un autre arrêt du premier février 1745, rendu « en la grand'-chambre sur les conclusions de M. d'Ormesson, avocat général, plaidant Me Lorry pour le nommé Girard, qui a été déclaré légitime à cause de la bonne foi de son père, qui n'avait reconnu que cinq après son mariage, qu'il y en avait un premier subsistant entre sa femme et le nommé Foubert, cavalier dans un régiment ».

Un arrêt semblable a été rendu plus récemment, sur les conclusions de M. l'avocat général Séguier. — Le sieur Martinet, six mois après son mariage, passe en pays étranger; Marguerite Marolles, son épouse, se retire chez son père et sa mère à Antony. — Sur la foi d'un acte qui paraissait constater le décès du sieur Martinet, elle contracte, trois ans après son départ, un nouveau mariage avec le sieur Nollet. — Un fils naît de leur union, et est baptisé comme leur enfant légitime. — Après vingt ans d'absence, arrive et reparaît le sieur Martinet, premier mari de Marguerite Marolles. — Dans cette position, le sieur Nollet interjette appel comme d'abus de son mariage avec celle-ci, et demande que la justice rompe des nœuds dont le retour du véritable époux prouvait l'illégalité. — Par arrêt du 24 janvier 1777, conforme aux conclusions de M. Séguier, le second mariage de Marguerite Marolles avec le sieur Nollet a été déclaré nul et abusif: néanmoins, vu la bonne foi des parties, l'enfant issu de ce prétendu mariage, a été déclaré légitime et habile à succéder à son père, à sa mère et aux parens tant paternels que maternels: Martinet et sa femme ont été déboutés de leur demande en entérinement des lettres de rescision qu'ils avaient prises contre l'acte de partage et liquidation; l'arrêt a ordonné l'exécution de cet acte; et il a été dit que mention serait faite de l'arrêt, tant sur les registres des actes de célébration de mariage de la paroisse de Villejuif, que sur les registres déposés au greffe du Châtelet: permis en conséquence au sieur Nollet de se marier avec qui il jugerait à propos; et acte de ce qu'il reprenait son fils Nollet, pour en avoir soin et l'élever suivant son état et sa fortune.

Le marquis de B.... enseigne des vaisseaux, s'était marié à St. Domingue avec la demoiselle de M...., quoiqu'il le fût en France avec sa cousine germaine dont il avait des enfans. Il prétendait justifier son second mariage, et faire déclarer légitime l'enfant qui en était issu, parcequ'il avait contracté ce mariage dans la bonne foi, et après avoir reçu un extrait mortuaire de sa première femme. Par arrêt rendu le 8 juillet 1779, sur les conclusions de M. Séguier, avocat général. — « La cour reçoit Lombard, tuteur de Sophie-Victoire-Reine de B.... partie intervenante; faisant droit tant sur l'appel comme d'abus, interjeté par Victoire de M.... et poursuivi sous l'autorisation dudit Lombard, en qualité de son tuteur *ad hoc*, que sur ladite intervention, dit qu'il y a abus dans le mariage célébré à Léogane, entre ladite Victoire de M.... et Jean-Louis-Vincent, marquis de B.... par acte du 31 mai 1777; en conséquence déclare ledit mariage, ainsi que le contrat du 15 mai 1777, qui l'a précédé, nul et de nul effet; ayant égard aux demandes de ladite de M.... et dudit Lombard son tuteur *ad hoc*, condamne Gourousseau, l'une des parties de Target ès nom qu'il procède, à rendre et restituer à ladite de M.... les biens et sommes qui seront justifiés avoir été par lui reçus sur la dot portée par son contrat de mariage avec les fruits ou les intérêts, ainsi que de droit; condamne ledit Gourousseau, ès dits noms, en 40,000 liv. de dommages et intérêts envers ladite de M....; ayant pareillement égard à la demande dudit Lombard, en sa qualité de tuteur de Sophie-Victoire-Reine de B...., le déclare enfant légitime dudit Jean-Louis-Vincent, marquis de B....; l'autorise en conséquence à prendre les noms, qualités et armes de B....; condamne ledit Gourousseau, ès dits noms, à lui payer annuellement, à compter du jour de sa naissance et jusqu'au décès dudit Jean-Louis-Vincent, marquis de B...., par forme de provision alimentaire, sur la quittance de son tuteur, la somme de 1200 liv., exempte de toutes retenues, présentes et à venir; sur le surplus de la demande dudit Lombard, met les parties hors de cour, sauf les droits de ladite Sophie-Victoire-Reine de B.... sur la succession dudit Jean-Louis-Vincent de B.... son père; condamne ledit Gourousseau, ès dits

Source : BIU Cujas

noms, en tous les dépens des causes d'appel et demandes, même en lieux réservés ».

Le parlement de Paris n'est pas la seule cour dont les registres nous offrent la preuve qu'un mariage putatif produit, par rapport à la Légitimité, le même effet qu'un mariage véritable; il existe deux arrêts du parlement de Rouen, qui établissent la même jurisprudence.

Le premier, et peut-être le plus célèbre de tous ceux qui ont été rendus sur de pareilles contestations, est retracé en ces termes par Bardet, tom. 2, pag. 14: « Il n'est pas besoin de rechercher si exactement l'opinion de tant de docteurs pour confirmer une maxime que la cour a approuvée et autorisée par plusieurs arrêts. Le premier est celui de Ferrières, rendu à l'échiquier de Normandie sur un renvoi fait par le roi, lequel, pour la conséquence de la matière, voulut que, dans un jugement si célèbre, il y eût des conseillers de tous les parlemens de son royaume; et ce fut par eux que fut rendu cet arrêt... par lequel les enfans sont déclarés légitimes à cause de la bonne foi de leur mère, qui ignorait que son mari fût prêtre ». — Bardet ne nous apprend pas la date de cet arrêt; mais on voit dans le commentaire de Benedicti sur le ch. *Raynutius*, qu'il a été rendu au mois de février 1507.

Le second arrêt est du 22 avril 1704; voici comme le rapporte l'auteur des nouvelles notes sur Basnage: « Le sieur de La Gripière, du vivant de la demoiselle Dumont sa femme, s'était encore marié avec demoiselle Lucie Masson, qui ignorait que le sieur de La Gripière fût déjà marié. De ce mariage naquirent plusieurs enfans. Après la mort du sieur de La Gripière, la Dlle Dumont sa veuve, et Dlle Madeleine-Thérèse de La Gripière sa fille, contestèrent à la Dlle Masson son douaire, et aux enfans nés d'elle et dudit sieur de La Gripière, leur état et leur part dans les biens de leur père. Par l'arrêt, la cour déclara qu'il avait été mal, nullement et abusivement dispensé, exécuté et procédé à la célébration du mariage de ladite demoiselle Masson, icelui déclaré non valablement contracté: et ayant cependant aucunement égard à sa requête, lui a, par forme d'intérêt, adjugé le quart du bien que possédait ledit sieur de La Gripière lors de son décès, pour en jouir par usufruit sa vie durant, et être partagé après sa mort entre ses enfans et la fille sortie du mariage dudit sieur de La Gripière. Et faisant droit sur la requête d'intervention du sieur de l'Isle, curateur des enfans dudit sieur de La Gripière et de ladite demoiselle Masson, l'a reçu partie intervenante; en quoi faisant, a déclaré lesdits enfans légitimes; a ordonné qu'ils partageraient la succession dudit sieur de La Gripière avec la fille sortie de son mariage ». — [[*V.* ci-après, n. 5.]]

IV. La plupart de ces arrêts décident une question qui était autrefois assez controversée, et qui consistait à savoir si l'enfant né d'un mariage putatif était légitime à l'égard des deux contractans, lorsqu'il n'y en avait eu qu'un dans la bonne foi. La plupart des anciens glossateurs, divisant l'état des enfans, les regardaient comme légitimes par rapport à l'un, et illégitimes par rapport à l'autre. Mais il était absurde qu'un même homme fût en partie légitime, et en partie bâtard: l'état est indivisible; et il est plus juste de récompenser le coupable avec l'innocent, que de confondre et d'envelopper l'un et l'autre dans une même condamnation. Aussi le chapitre *ex tenore* décide-t-il, dans l'espèce d'un bigame, que la bonne foi de la seconde femme fait réputer légitimes les enfans qu'elle a eus de son prétendu mariage, même à l'effet de recueillir la succession de leur père qui avait contracté de mauvaise foi: *Ex tenore litterarum vestrarum nobis innotuit, quòd cum G. vidua hereditatem quondam R. mariti sui sibi et pupillo filio suo restitui postularet, pars adversa petitionem ejus excluderet, pro eo quòd R. maritum ipsius viduæ de adulterio genitum asserebat .... Intelligentes quòd pater prædicti R. matrem ipsius in facie ecclesiæ ignorantem quòd ipse aliam sibi matrimonialiter copulasset, duxerit in uxorem; et dum ipsa conjux ipsius legitima putaretur, dictum R. suscepit ex eadem, in favorem prolis potiùs declinamus, memoratum R. legitimum reputantes.* — On vient de voir que les arrêts ont adopté cette décision sans difficulté. — [[*V.* le n° suivant.]]

V. La Légitimité putative n'habilite pas seulement les enfans à succéder à leur père et à leur mère: elle les rend encore capables de recueillir à titre héréditaire les biens de leurs aïeuls, et même de leur parens collatéraux, parcequ'elle forme une image parfaite de la Légitimité véritable, et que la fiction doit avoir autant d'effet dans les cas où elle a lieu, que la réalité: *fictio tantùm operatur in casu ficto, quantùm veritas in casu vero.* — On trouve en effet dans les notes sur Leprestre, un arrêt du 16 janvier 1610, qui juge « que les enfans nés de mariage non valable, étaient, pour la bonne foi, capables non seulement de la succession directe, mais aussi de la collatérale ». Il s'agissait dans cette espèce de la succession d'un oncle maternel. — La même chose a été décidée *in terminis* par l'arrêt du 24 janvier 1777, rapporté ci-dessus, n. 3.

[[Toutes ces maximes sont erigées en loi par les deux articles suivans du Code Napoléon:

« 201. Le mariage qui a été déclaré nul, produit néanmoins des effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfans, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.

» 202. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux, et des enfans issus du mariage ».

Écoutons M. Portalis, conseiller d'état, dans *l'exposé des motifs* qu'il a présenté, au nom du gouvernement, à la séance du corps législatif du 16 ventose an 11:

« Quoique régulièrement le mariage valable puisse

Source : BIU Cujas

seul faire de véritables époux et produire des enfans légitimes, cependant, par un effet de la faveur des enfans et par la considération de la bonne foi des époux, l'équité a fait admettre que s'il y avait quelqu'empêchement caché qui rendît ensuite le mariage nul, les époux qui avaient ignoré cet empêchement, et les enfans nés de leur union n'en conserveraient pas moins leurs prérogatives.

» De là cette maxime commune, que le mariage putatif, pour nous servir de l'expression des jurisconsultes, c'est-à-dire, celui que les conjoints ont cru légitime, a le même effet, pour assurer l'état des époux et des enfans, qu'un mariage véritablement légitime; maxime originairement introduite par le droit canonique, depuis long-temps adoptée dans nos mœurs.

» Quand un seul des conjoints est dans la bonne foi, ce conjoint seul peut réclamer les effets civils du mariage. Quelques anciens jurisconsultes avaient pensé que, dans ce cas, les enfans devaient être légitimes par rapport à l'un des conjoints, et illégitimes par rapport à l'autre; mais on a rejeté leur opinion, sur le fondement que l'état des hommes est indivisible, et que, dans le concours, il fallait se décider entièrement pour la Légitimité ».]]

VI. Cette règle admet cependant une exception par rapport aux enfans d'un religieux profès. Comme ils ne pourraient tenir que de leur père la faculté de succéder à leurs aïeuls ou collatéraux paternels, et que leur père avait entièrement perdu ce droit à l'époque de son mariage putatif, il est impossible qu'ils l'exercent eux-mêmes, à moins qu'on ne donne à la fiction plus d'effet qu'à la vérité; ce qui serait d'une absurdité insoutenable.

C'est sans doute par ce motif qu'un arrêt du 10 février 1632, rapporté par Bardet, a déclaré les enfans d'un jacobin non recevables dans leur demande en partage de la succession de leur aïeul paternel, quoique leur mère se fût mariée de bonne foi et sans le moindre soupçon de l'état de leur père.

Voici l'espèce d'un arrêt plus récent, et qui est fondé sur le même principe.

Jacques Fortin, né en Basse-Normandie, eut de Madeleine Pillet quatre filles, et un garçon nommé François. Celui-ci entra, vers 1705, dans la maison des cordeliers de Valogne, voisine du lieu qu'habitait sa famille; et, après les épreuves ordinaires, y fit profession. — Le 6 mai 1709, il obtint du pape un bref fondé sur les faits de violence articulés dans sa supplique. Mais, avant de procéder à l'entérinement, l'official de Coutances ordonna que l'impétrant se retirerait au couvent des jacobins de la même ville pendant l'instruction. — Au lieu d'obéir à cette ordonnance, le frère Fortin prit la fuite, traversa la France, passa les Alpes, et se présenta au souverain pontife dans un état fait, à tous égards, pour émouvoir sa pitié. — Le pape lui expédia un second bref qui le relevait de ses vœux *de plano*. Mais rentré dans sa patrie, il se vit exposé aux poursuites de son couvent et de sa famille, qui, de concert, cherchaient à l'emprisonner. — Cependant, le 19 novembre 1716, il fit avec ses beaux-frères une transaction par laquelle ils s'obligèrent de lui payer 40 livres de rente viagère. — Quelque temps après, il s'embarqua et s'établit à la Martinique. Là, il conçut pour la fille du sieur Lamarre, des sentimens qu'elle partagea. Il demanda à sa famille un certificat qui lui fut envoyé, et dans lequel on ne parlait nullement de son état de cordelier. Il présenta ce certificat au père de la fille, et fut accepté pour gendre. Le mariage fut célébré le 22 juin 1722. Dès l'année 1723, le sieur Fortin était père; et depuis cette époque jusqu'au 17 novembre 1736, jour de son décès, il eut encore plusieurs enfans: le plus âgé avait à peine treize ans, lorsqu'ils le perdirent. — Cependant tous les biens du père et de la mère du sieur Fortin avaient passé dans les mains de ses sœurs et de leurs époux. Ses filles vinrent en France, et firent assigner ceux-ci en délaissement de ce qu'elles appelaient la part de leur père, avec restitution de fruits, intérêts, etc. — La contestation fut portée, en 1771, devant le juge de Valogne, qui, par sa sentence, débouta les parens de l'opposition qu'ils avaient formée à l'état des demoiselles Fortin, déclara celle-ci légitimes, et ordonna qu'en cette qualité, tous moyens de droit tenant, et défenses au contraire, les parens seraient tenus de leur communiquer les actes dont ils avaient produit l'état à l'audience, pour être instruit entre les parties sur le partage demandé. — Les parens appelèrent de cette sentence.

Les demoiselles Fortin se renfermèrent d'abord dans quatre fins de non recevoir: 1° la reconnaissance de leur état par ceux qui venaient ensuite l'attaquer; 2° l'acte de 1716, passé entre le cordelier et ses beaux-frères; 3° le certificat que sa famille lui avait envoyé avant son mariage à la Martinique; 4° enfin, la possession de leur état, commencée par le père et continuée dans ses enfans pendant l'espace de trente-six ans. — Une des demoiselles Fortin, à son arrivée en France, avait reçu toutes les marques de tendresse que peut attendre une parente chérie et dont on s'honore. Reproches affectueux sur ce qu'elle avait préféré la maison d'un étranger; invitations de venir loger dans le sein de sa famille, qui furent enfin acceptées; séjour de deux mois partagé entre les différens domiciles de ses parens, qui se disputaient le plaisir de loger cette cousine, et lui prodiguèrent tour à tour l'amitié la plus vive et la plus sincère. Ce ne fut point une vaine curiosité qui les rassembla autour de cette parente arrivée du Nouveau Monde. — « Les expressions de la sensibilité (disait leur défenseur), se mêlèrent dans leurs entretiens; leur bouche, organe de leur cœur, lui répéta vingt fois le nom si doux qu'ils lui envient aujourd'hui: si l'intérêt a répandu depuis quelques nuages passagers sur les sentimens de la nature, la nature reprendra son empire, et de nouvelles marques de tendresse et de sensibilité rapprocheront des cœurs que l'in-

Source : BIU Cujas

térêt n'a divisés que pour un moment. Après avoir reconnu si publiquement l'état des demoiselles Fortin dans leur sœur aînée, les appelans n'ont plus le droit de s'élever contre elles pour les en priver; ils les ont reconnues pour leurs parentes; ils n'ont pu, en leur donnant ce titre, se réserver la faculté cruelle de le leur enlever. Dès qu'on a une fois reconnu l'état des personnes, on n'est plus admis à le contester ». — Il opposait ensuite l'arrangement fait entre le sieur Fortin et ses beaux-frères le 19 novembre 1716; par cet acte, signé du sieur Fortin, ses beaux-frères se sont obligés de lui faire quarante livres de rente; et dans le même acte, ceux-mêmes qui l'avaient poursuivi, qui avaient déterminé contre lui l'official de Coutances et surpris une ordonnance pour lui ravir la liberté, ont reconnu que la seule violence lui avait arraché ses vœux : comment peuvent-ils soutenir, soixante ans après, ajoutait-on, qu'il a été lié par ces vœux forcés, qu'il a toujours vécu esclave, après l'avoir confessé libre? — A cette seconde fin de non recevoir, on en joignait une troisième, tirée du certificat envoyé à la Martinique. Il était signé de la mère du sieur Fortin, de ses beaux-frères, et de plusieurs parens. Ce certificat n'annonçait pas même que le sieur Fortin eût jamais connu le cloître des cordeliers de Valogne; tout y parlait de lui comme d'un homme libre. Il y a donc lieu de présumer qu'il l'était en effet. Il avait laissé, avant de s'expatrier, une procuration à un de ses parens, pour poursuivre l'entérinement de son bref : ce fut en 1716 qu'il abandonna la France, et c'est en 1722 qu'il demande à sa famille ce certificat. Si le bref qui le relevait de ses vœux, n'eût pas été entériné, comment croire que ceux qui avaient intérêt à révéler les nœuds dont il était lié, auraient gardé un profond silence sur cet article, et n'en eussent pas fait mention dans son certificat. Tout devait faire présumer que le bref avait été entériné. Si cette sentence ne se retrouve pas, disait-on, il faut s'en prendre à la négligence des greffiers de ce temps-là : et une lettre d'un grand-vicaire de Coutances, qui avait fait des recherches inutiles, attribuait leur inutilité à la négligence de ces officiers, comme à une cause connue. — On ne trouvait pas non plus de jugement qui eût débouté le sieur Fortin de sa demande; et cependant, s'il eût existé, les religieux n'eussent pas manqué de le conserver dans leurs registres et dans leurs couvens. Nouvelle raison de présumer que le sieur Fortin avait réussi, et que si le titre de sa liberté avait disparu, il fallait en accuser la négligence avouée des officiers conservateurs de ce dépôt. — Après tant de présomptions favorables et des reconnaissances si positives de la liberté du sieur Fortin, que demander de plus que la possession réelle de cette liberté? Or, il avait joui de son état pendant quatorze ans, et ses enfans en jouissaient depuis trente-six années.

Les appelans répondirent à ces fins de non recevoir d'une manière victorieuse. — L'accueil fait à cette parente était dû aux mouvemens d'une curiosité bienfaisante. Un bâtard, caressé par les parens de son père, ne devient pas pour cela légitime. La demoiselle Fortin pouvait s'attendre à trouver de la sensibilité et de la bienveillance dans le cœur des parens de son père, sans pouvoir s'en faire un titre pour acquérir des droits sur leurs biens. Tous ces procédés domestiques ne forment point une reconnaissance légale de son état; il faudrait des actes où la famille eut contracté avec elle sous le titre qu'elle lui conteste en justice; et l'on n'en produisait aucun. — Celui de 1716 ne pouvait passer pour une reconnaissance authentique, de la part des parens, que le sieur Fortin ne fût pas religieux. Il portait que les parens qui l'ont signé, « mus de bonne volonté pour le sieur Fortin leur frère, ayant fait ses vœux dans l'état de cordelier, et n'ayant pu y réussir, lui promettent annuellement la somme de 40 livres, sa vie durant; ce que le sieur Fortin a accepté, et leur en a rendu graces. Que signifient ces mots, *n'ayant pu y réussir?* rien autre chose que le dégoût qu'avait pris le sieur Fortin pour l'état de cordelier. Ces mots ne pouvaient tomber sur ses vœux, il était constant qu'il les avait prononcés. — Il était clair encore que cet acte n'était qu'un effet de la bonne volonté des parens, puisque Fortin leur en rend graces. S'il eût été libre, s'il avait pu partager, il n'aurait pas reçu la loi, il l'aurait faite. — Prétendre qu'il s'était fait relever de ses vœux, et qu'il y avait eu une sentence qui avait entériné le rescrit du pape, parcequ'on ne trouvait pas de sentence qui l'eût débouté de sa demande, c'était un sophisme des plus aisés à réfuter : son état certain et connu était l'état religieux; c'était donc à lui ou à ses représentans à prouver l'existence d'un jugement qui depuis eût anéanti sa profession et ses vœux. — Il y a tout lieu de présumer que Fortin avait abandonné sa réclamation; et que le fondé de procuration qu'il avait laissé en France à son départ pour la Martinique, n'avait jamais conduit cette procédure jusqu'à un jugement définitif. — Evadé de la retraite que l'official lui avait indiquée, décrété de prise de corps, il était impossible qu'il réussît à se faire relever de ses vœux sans reprendre ses habits et revenir dans sa retraite. Il n'était pas relevé de ses vœux, lorsqu'il partit pour l'Amérique; il n'avait donc pu l'être depuis. Tel était l'état des choses, lorsqu'en 1722, il demande à sa famille un certificat d'origine, de mœurs et de catholicité. Quelques parens l'accordent. Le certificat ne disait pas que Fortin fût cordelier, apostat et décrété de prise de corps; mais il ne disait pas non plus qu'il fût libre, et qu'il n'eût pas fait profession. — La famille, disait-on, n'ignorait pas l'usage qu'il voulait faire de ce certificat. Mais où est la preuve qu'elle sût qu'il voulait s'en servir pour se marier? Si ce certificat était donné pour le mariage, il devait contenir le consentement de la mère, et il ne s'y trouve point; du moins devrait-on produire quelques lettres écrites à sa famille sur cet établissement : on n'en

Source : BIU Cujas

montrait aucune. — Dès-lors, que devenait la possession d'état dont on prétendait que Fortin avait joui paisiblement pendant quatorze ans? Fortin était cordelier lorsqu'il s'est marié; il devait bien savoir qu'il n'avait jamais été relevé de ses vœux. Il connaissait donc parfaitement le vice de sa possession et la nullité du mariage qu'il avait contracté malgré les défenses qui lui avaient été expressément faites par l'ordonnance de l'official.

Après ce premier combat sur les fins de non recevoir, dont l'avantage ne restait pas aux demoiselles Fortin, on disputa le fond, et l'on en vint à la question de droit.

Le défenseur des enfans convint du principe établi par l'art. 273 de la coutume de Normandie, qui déclare le religieux profès incapable de succéder, et transmet son héritage au parent le plus proche. Mais il soutenait que la profession du sieur Fortin était nulle, comme forcée; et il soutenait que cette nullité, résultant, non d'un simple vice de forme, mais du défaut de liberté et de consentement, était radicale et destructive des vœux que sa bouche avait articulés. — « D'ailleurs, les rescrits du saint-siège (continuait-il), l'en ont relevé. S'ils n'ont point été entérinés, du moins avaient-ils un effet suspensif. Tant que la protestation du sieur Fortin a subsisté, tant que ces rescrits n'ont pas été écartés par un jugement, Fortin n'a pu être regardé comme un vrai religieux; et mourant avant qu'on eût prononcé sur sa réclamation, il est mort libre et *integri statûs*. Il est dans le cas d'un accusé, d'un coupable qui meurt jouissant de tous ses droits civils, quand son décès arrive avant que la peine de son délit soit prononcée par un jugement définitif. — Un autre principe veut que les enfans sortis d'un second mariage contracté de bonne foi par l'un des deux époux, soient légitimes; et l'on n'admet point cet état bizarre, où un fils serait réduit, d'un côté, à partager la honte des enfans de la prostitution, et placé, de l'autre, au rang honorable des enfans du père de famille. Les jurisconsultes et la jurisprudence sont d'accord sur la vérité de ce principe, et sur les effets de la bonne foi du père et de la mère, par rapport à l'état de leur postérité. Nul doute sur la bonne foi de la femme Fortin, lorsqu'elle l'épousa: ses enfans sont donc légitimes, et doivent hériter des droits de leur père ».

Le défenseur des appelans (M. Ducastel), combattit ces moyens avec autant de force que de précision. — « Dans l'ordre civil, ce sont les actes qui constituent l'état des citoyens. Un acte en forme l'emporte sur la déposition des témoins. Il ne reste d'autre ressource que de prouver qu'il est l'ouvrage de la violence et de la séduction: mais tant que les lettres de restitution ne sont pas entérinées, l'acte subsiste. En matière de vœux et de mariage, la rigueur de la loi est encore plus stricte. — Un profès ne peut résoudre ses vœux sans un rescrit du pape: ce rescrit n'a aucune force en France sans être entériné; il ne peut l'être sans un motif évident; cette évidence n'est point acquise sans des preuves judiciaires. La déclaration du profès, le consentement de sa famille, l'aveu du couvent ne suffisent point; il faut un jugement régulier qui approuve les causes d'après lesquelles on doit dissoudre ce que la religion déclare indissoluble. — Fortin a réclamé, a obtenu des rescrits; mais ces rescrits ne le relevaient de ses vœux qu'à la charge de prouver les faits qu'il articulait, et d'obtenir un jugement. Ces rescrits n'ont point d'effet suspensif, et ne l'ont point mis dans la position d'un accusé qui, condamné par une sentence, mais venant à mourir pendant l'appel, meurt dans la possession de son état: il n'y a point de parité. Tout [illegible]oyen est présumé innocent: la loi veut qu'il [illegible] soit convaincu de son crime qu'après une sentence et un arrêt; s'il meurt avant l'arrêt, la conviction légale n'est point acquise, la présomption de l'innocence est pour lui. Tout profès, au contraire, est censé avoir fait ses vœux librement: s'il prétend le contraire, il faut qu'il le prouve; s'il meurt sans le prouver, sans faire adopter ses preuves, il décède profès. — Autrement, tout religieux qui se dégoûte de son état, qui suppose des faits, qui en impose au pape, qui réclame contre ses vœux et abandonne sa réclamation, pourrait donc se marier, donner à l'Etat des enfans légitimes, leur transmettre le droit de lui succéder qu'il a lui-même perdu, et mourir libre? Ne serait-ce pas autoriser l'apostasie, blesser toutes les lois, et troubler toutes les familles? — Quant à la bonne foi de la mère et aux effets qu'elle peut donner à un mariage, il faut distinguer entre les laïques, les prêtres et les profès. — Entre laïques, la bonne foi des conjoints a souvent fait tolérer les mariages des bigames, des adultérins; et cependant il y a deux observations importantes à faire. — 1° c'est que, suivant les arrêts qui sont dans cette espèce, c'étaient des collatéraux qui venaient contester aux enfans leur titre et la succession paternelle et maternelle: ce n'étaient point les enfans qui venaient disputer aux collatéraux des successions déjà acquises. — 2° Ces arrêts n'ont pas toujours accordé aux femmes l'intégrité de leurs droits, ni aux enfans les successions du père et de la mère. — Entre un prêtre et un laïque, on n'a jamais étendu le droit de succéder à la ligne collatérale. L'édit de 1675 porte que «lesdits mariages ne peuvent produire d'effets civils relativement aux collatéraux ». — Entre les religieux! Tout religieux est mort civilement; son mariage est donc sans effet civil; et si la bonne foi de la mère peut légitimer les enfans, ces enfans du moins ne peuvent succéder à leurs collatéraux paternels, parceque le profès n'ayant plus de famille, n'en peut donner une à ses enfans, ni leur transmettre un droit de succéder qu'il n'a plus lui-même ». — De cette distinction d'espèces et de cette gradation de principes, M. Ducastel concluait que Fortin n'ayant jamais pu succéder, et étant mort religieux, ses enfans ne pouvaient rien prétendre

Source : BIU Cujas

dans la succession de leur aïeul, ni exiger, au nom de leur père et par représentation, ce qu'il n'aurait pas pu exiger lui-même.

Ces principes ont triomphé. Par arrêt rendu en 1772, le conseil supérieur de Bayeux déclara les filles de Fortin non-recevables à demander la succession de leur aïeul et de leur oncle paternel, et confirma cependant la première partie de la sentence qui les avait déclarées légitimes. — Les motifs qui déterminèrent l'arrêt, furent que la bonne foi de la mère peut bien suffire pour légitimer les enfans; mais qu'elle ne suffit pas pour transmettre aux enfans d'un religieux un droit qu'il n'aurait pas eu lui-même, et qu'il ne pouvait jamais avoir, étant mort civilement, et n'ayant jamais été relevé de ses vœux. On laissa aux demoiselles Fortin leur Légitimité et le droit de succéder tant à leur père qu'à leur mère; mais le père ne pouvant prétendre à aucune succession directe ni collatérale, ses enfans, qui ne venaient que par représentation, n'y pouvaient pas plus prétendre que lui.

[[La question décidée par cet arrêt, ne peut plus se présenter depuis l'abolition des vœux monastiques. (*V. Célibat.*) Mais les principes qui en ont déterminé la décision, ne sont pas pour cela étrangers à la législation actuelle : ils sont encore applicales aux enfans nés de mariages qui seraient contractés de bonne foi avec des personnes mortes civilement.]]

VII. Pour que la bonne foi rende légitimes les enfans issus d'un mariage putatif, il faut que ce mariage ait été contracté avec toutes les formes et les solennités prescrites par les lois. C'est la décision expresse du chapitre *cùm inhibitio* (1), et elle est fondée sur deux raisons : — la première, que la bonne foi est peu probable dans deux personnes qui s'unissent dans une forme prohibée : on la présume aisément dans ceux qui s'engagent publiquement, parceque l'innocence ne cherche jamais les ténèbres : mais il n'en est pas de même de ceux qui méprisant toutes les lois, ne forment qu'un concubinage, au lieu d'une union légitime ; — la seconde, que cette prétendue bonne foi ne les excuse pas, parcequ'ils commencent par une action illicite, et que c'est à eux à s'imputer tout ce qui arrive en consequence.

Dulauri nous a conservé un arrêt du grand conseil de Malines, du 28 février 1711, « par lequel (dit-il), la cour jugea que, pour déclarer un enfant légitime d'un mariage nul, la bonne foi de l'un ou de l'autre ne suffisait point, mais qu'au-dessus devait concourir que le mariage fût célébré solennellement *in facie ecclesiæ* »

(1) Ce chapitre est tiré du concile de Latran, tenu sous Innocent III. En voici les termes : *Si quis verò hujusmodi clandestina vel interdicta conjugia inire præsumpserit, in gradu prohibito*, ETIAM IGNORANTER, *soboles de tali conjunctione suscepta prorsùs illegitima censeatur, de parentum ignorantiâ nullum habitura subsidium. cùm illi taliter contrahendo non expertes scientiæ vel saltem affectatores ignorantiæ videantur.* Extrà, *de clandestinâ desponsatione.*

Cette maxime vient d'être confirmée avec une grande solennité par le conseil souverain de Brabant.

Le prince Albert-Octave de T'serclaes-Tilly, général des armées du roi d'Espagne, et la demoiselle Alexandrine de Bacq, fille d'un gentilhomme espagnol, ont donné le jour à une fille nommée Albertine, qui est née le 24 juillet 1703, et a été baptisée le 22 août suivant. — Cette fille était-elle légitime? C'était la question à juger.

On alléguait pour l'affirmative, que, le 17 octobre 1702, il avait été célébré entre le père et la mère un véritable mariage « dans l'oratoire du prince (qui était alors dans le Brabant), en présence de son valet de chambre, de son chirurgien, de la mère de l'épouse, et de Florence Vavolden, par un prêtre nommé Ratemburg, chapelain ordinaire de l'armée ». — On ne rapportait point d'acte de célébration; mais on se prévalait, 1° d'une promesse de mariage sans date; 2° de plusieurs lettres écrites par le prince à Alexandrine de Bacq. — L'adresse de trois de ces lettres était à *madame la princesse de Tilly*. Dans l'une, le prince l'appelait *sa chère femme;* dans une autre, il lui disait : *Soyez-moi fidèle, et vous rencontrerez un mari qui ne saura que vous chérir.* Dans une troisième, *ne doutez pas, ô mon aimée femme!* Et dans une quatrième, il l'appelait *sa chère épouse.* — Une autre lettre fortifiait, et en même temps expliquait les présomptions qui naissaient des quatre premières. En voici les termes : « Les écrits qui peuvent vous donner du contentement, et vous préserver de tout souci, sont dans la cassette de ma secrétairerie, etc. J'ai reçu votre lettre, ma fille bien aimée, et vos déplorations de n'avoir pu obtenir la cassette *où étaient les écrits concernant notre mariage*: ce n'est pas ma faute si mon frère l'a emportée avec lui; mais pour remédier à tout, je vous envoie mon blanc seing, pour que vous en fassiez tout ce que vous estimerez qui conviendra mieux, que vous preniez votre sûreté, enfin, que vous ordonniez de ma dernière volonté et de mes dispositions, en cas que je meure, etc. J'ai beaucoup de chagrin de celui que je vous ai causé, madame; *vous êtes ma femme*, mais je vous ai dit qu'il était imposible que cela se manifestât à cette heure. Accordez-moi cette grace; que si vous me la refusez, *je dirai que ce n'est pas la vérité*, etc. ». — Cette lettre, en prouvant qu'il existait effectivement un mariage, mais un mariage clandestin, annonce qu'il régnait déjà entre les deux amans une certaine mésintelligence.

Quelque temps après, la demoiselle de Bacq présenta requête au proviseur-vicaire-général de Pampelune, à l'effet d'obliger le prince *de déclarer le mariage qu'il avait contracté avec elle, ou de le contracter de nouveau.* A l'appui de cette demande, elle produisait ses lettres, la promesse qu'il lui avait faite, et l'acte de baptême d'Albertine. — Le prince se défendit, et soutint qu'il n'y avait jamais eu de mariage. — Le proviseur, avant de prononcer sur le fond, condamna la demoiselle de Bacq à donner

Source : BIU Cujas

la caution *judicatum solvi*. Elle appela de cette sentence *à tout juge compétent*. Un second appel au nonce d'Espagne traduisit les parties devant lui : pour éviter les longueurs et l'éclat de la procédure, elles s'empressèrent de faire un compromis entre ses mains. — Le 9 avril 1709, le nonce prononça en ces termes : « Je condamne ledit seigneur Don Albert-Octave, prince de T'serclaes, à ce qu'il ait à se marier *in facie ecclesiæ*, par paroles qui forment un mariage véritable avec ladite dame Dona Alexandrine de Bacq, en dedans trente jours; et en défaut de ce faire, je le condamne à ce qu'il dote ladite dame à raison des dommages, et en considération de son honneur, honnêteté et noble qualité, à la somme de 8000 ducats, monnaie de vellon, usitée et ayant cours dans ce royaume de Castille. J'ai condamné aussi, comme je condamne ledit seigneur à ce qu'il ait à donner chaque année 350 ducats pour les alimens et éducation de la fille qu'il a procréée de ladite dame Dona Alexandrine... »

Le même jour que cette sentence fut rendue, la demoiselle protesta d'en appeler. — Elle se retira ensuite avec Albertine au couvent de las Ballecas, où le prince de Tilly lui fit remettre différentes sommes à compte des condamnations prononcées contre lui; elle y oublia pendant plus de trois ans sa protestation : mais lorsqu'elle apprit qu'Albert-Octave se disposait à épouser la comtesse de Tilly, sa nièce, elle fit un manifeste qu'elle adressa au roi d'Espagne, au pape, aux cardinaux, aux évêques, et à toute la chrétienté, pour réclamer son époux, et protester contre l'atteinte qu'il allait porter à sa qualité d'épouse légitime, dont elle renouvelait la prétention. Cependant, malgré le manifeste, le roi approuva le mariage, le pape donna les dispenses nécessaires, et l'évêque de Madrid souffrit que le mariage fût célébré dans son diocèse; ce qui prouve que la demoiselle de Bacq n'était pas regardée par toute l'Espagne comme l'épouse légitime du prince de Tilly. — En laissant à Albert-Octave l'alternative d'un mariage ou d'un dédommagement, le nonce l'avait affranchi légalement de l'exécution littérale de ses promesses envers la demoiselle de Bacq. Il épousa, en 1712, la comtesse de Tilly, sa nièce. — Ce mariage ne fut pas de longue durée. Le prince de Tilly mourut le 3 septembre 1715, après avoir fait un testament qui contenait de nouvelles protestations de l'illégitimité de l'union par laquelle il avait donné la naissance à Albertine.

A la nouvelle de cet évènement, la demoiselle de Bacq fit à la *junte royale de justice et gouvernement* de Barcelone, différentes poursuites qui tendaient à assurer l'exécution des condamnations pécuniaires prononcées à son profit et à celui de sa fille par la sentence de 1709. — Dix ans après, la mère et la fille présentèrent au pape une requête dans laquelle, renouvelant l'histoire du mariage du 17 octobre 1702, elles se plaignirent de la sentence du nonce, et demandèrent que la connaissance de l'appel qu'elles prétendaient en avoir été interjeté dans le temps par la demoiselle de Bacq, fût renvoyée à la congrégation des cardinaux interprètes du concile de Trente, avec pouvoir de déclarer que le mariage que celle-ci disait avoir contracté avec le prince de Tilly, était valide, et qu'Albertine était et devait être réputée sa fille légitime pour tous les effets de droit les plus utiles, *ad omnes effectus juris magis proficuos*. — On ne voit pas que le pape ordonna sur cette requête : mais la princesse de Tilly, veuve d'Albert-Octave, fut citée devant la congrégation des cardinaux interprètes du concile de Trente : elle s'y défendit par la loi du Brabant (où elle était revenue depuis la mort d'Albert-Octave), qui ne permettait pas de traduire un citoyen devant les juges étrangers, et elle demanda son renvoi. — On ignore si c'est par ces motifs ou par quelque autre raison que la princesse venue de Tilly et la demoiselle de Bacq, perdant de vue la sentence de 1709, et l'appel de cette sentence, cessèrent de discuter leurs droits judiciairement. Quoi qu'il en soit, elles proposèrent à la congrégation de décider, 1° s'il y avait un premier mariage réel, et si, n'y en ayant point, le second était valide; 2° s'il constait au moins d'un premier mariage putatif, à l'effet de déclarer l'enfant légitime; 3° s'il y avait lieu aux démissoires demandés dans l'espèce. — Les choses étaient en cet état, lorsqu'en 1727, la princesse de Tilly mourut, après avoir fait, par son testament, le prince de Robecq son héritier.

Le 26 septembre 1728, la congrégation répondit qu'*il constait d'un premier mariage putatif; de manière que l'enfant était légitime*. — On voit que cette réponse décidait la première comme la seconde question; car, dire qu'il n'y avait qu'un premier mariage putatif, c'était sans doute dire qu'il n'y avait point de premier mariage réel; et dire que ce premier mariage n'était point réel, c'était bien dire que le second, revêtu d'ailleurs de toutes ses formalités, était valable. — La demoiselle de Bacq le sentit si bien, qu'à peine cette réponse donnée, elle s'adressa de nouveau à la congrégation, pour en obtenir une plus favorable. Les mêmes questions furent proposées, les cardinaux les examinèrent de nouveau; et, par une seconde réponse du 28 janvier 1730, ils confirmèrent la première quant à la nature du mariage, à l'état d'Albertine, et à sa qualité de légitime. — Munie de ces décisions, Albertine, qui avait épousé en Espagne le sieur de Castro, présenta requête au conseil souverain de Brabant, en 1731, pour se faire adjuger les biens que le prince de Tilly avait laissés dans le ressort de ce tribunal.

Pendant que le sieur et la dame de Castro poursuivaient des biens sous la domination autrichienne, ils réclamaient en Espagne des dignités. Un décret du conseil de Castille, du 16 novembre 1734, déclara Albertine princesse et grande d'Espagne de la première classe. A peine le marquis de Reves, aîné du sang de Tilly, en fut-il instruit, qu'il vola en Espagne pour arrêter l'effet de ce décret. Il le fit

Source : BIU Cujas

réformer par un autre du 24 .... 1735, et mourut bientôt après cette victoire.

Une nouvelle instance au conseil de Brabant fut formée contre la marquise de Reves, sa sœur et son héritière Le sieur de Castro y concluait « à ce qu'il serait déclaré pour droit que les sentences de la sacrée congrégation des cardinaux interprètes du saint concile de Trente, en dates respectives du 26 septembre 1728 et du 28 janvier 1730, jointes à l'*inscriptis* contraire du suppliant, doivent ici avoir effet de chose jugée quant à l'état et condition de naissance d'Albertine T'serclaes-Tilly, épouse du suppliant, et qu'en conséquence d'icelles, comme déclarée née d'un premier mariage putatif d'entre le prince Albert-Octave T'serclaes-Tilly et Alexandrine de Bacq ses père et mère, et comme telle, déclarée légitime, elle devait jouir de toutes les prérogatives que les droits et les lois de ces pays attribuaient à pareil état ». — En prononçant sur ces conclusions, le conseil souverain de Brabant déclara, par arrêt du 5 janvier 1747, « que les sentences de la sacrée congrégation des cardinaux interprètes du concile de Trente, en dates du 25 septembre 1728 et du 28 janvier 1730, exhibées au procès, doivent ici avoir effet de chose jugée, quant à l'état et condition de naissance d'Albertine T'serclaes-Tilly, épouse du suppliant; qu'en conséquence d'icelles, comme déclarée née d'un premier mariage putatif entre le prince Albert-Octave T'serclaes-Tilly et Alexandrine de Bacq, ses père et mère, ladite épouse du suppliant doit jouir de toutes les prérogatives que les droits et les lois de ces pays attribuent à pareil état ». — Remarquons la différence qu'il y a entre ce prononcé et les conclusions du sieur Castro. Le sieur de Castro demandait qu'Albertine, comme née d'un premier mariage putatif, *et comme telle déclarée légitime*, jouît des prérogatives que les lois de ces pays attribuent à l'état de légitime. Mais le conseil souverain rejeta le second membre de cette phrase des conclusions, copiée pour le surplus presque mot à mot dans l'arrêt, et il n'accorda à Albertine que les droits attribués à l'état et à la condition d'enfant né d'un mariage putatif. — Le retranchement de cette phrase des conclusions semble prouver qu'en 1747 le conseil de Brabant n'a pas voulu déclarer qu'Albertine, née d'un mariage putatif, était comme telle légitime. Dès lors, et en ne lui accordant que les droits attribués à l'état de *née d'un mariage putatif* qu'il ne définissait pas, il n'a pas voulu prononcer sur la Légitimité.

Quoi qu'il en soit, cet arrêt ne fut suivi pour le sieur et la dame de Castro d'aucun effet utile; ils moururent tous deux sans en avoir tiré le moindre parti, et ils laissèrent plusieurs filles, dont l'aînée vendit au sieur Minet toutes ses prétentions aux biens de la maison de Tilly. — Le sieur Minet s'adressa à la cour féodale de Brabant, pour être envoyé en possession des fiefs de cette maison; il fit assigner le prince de Robecq, lieutenant général des armées du roi de France, commandant en Flandre, ainsi que le marquis de Morbecq son frère, et il conclut contre eux à la restitution des fruits depuis 1727. — Ils se défendirent sur l'incapacité de la dame de Castro de succéder à ces biens: mais sans avoir égard à cette défense, la cour féodale les condamna par arrêt du 9 avril 1773. — Un défaut de compétence dont on parlera ci-après, sect. 4, §. 3, leur fit obtenir la cassation de cet arrêt, le 16 mars 1775, avec renvoi du fond aux juges ordinaires. — MM. de Robecq, déchargés ainsi des condamnations prononcées contre eux par la cour féodale, s'adressèrent au conseil de Brabant, et les conclusions qu'ils prirent par leur requête du 2 janvier 1777, présentèrent le procès à ses véritables juges sous le point de vue dans lequel il devait être considéré. Ils demandèrent « qu'il fût déclaré que l'arrêt du 5 janvier 1747 ne les obligeait point à reconnaître Albertine T'serclaes-Tilly comme habile et qualifiée par le droit et lois de ce pays, pour recueillir quelques successions de la famille ». — Le cessionnaire de la dame de Castro se défendait avec les armes dont s'étaient autrefois servis ceux qu'il représentait, et il y ajoutait l'arrêt du 5 janvier 1747, qu'il regardait, avec les décisions des cardinaux, comme des titres qui lui assuraient tous les biens de la maison de Tilly. — MM. de Robecq les écartaient tous par un mot: ces actes, disait-il, n'ont pas la force de chose jugée contre nous.

La cause était en cet état et prête à recevoir sa décision, lorsque, le 13 mai 1782, le sieur de Gusman, petit-fils d'Albertine par sa mère, et retrayant lignager des droits cédés au sieur Minet par la demoiselle de Castro sa tante, intervint au procès. — Le prince de Robecq et le marquis de Morbecq y avaient dit, dans leur réplique du 28 février 1780, *qu'il était de l'intérêt des deux parties de connaître les circonstances du mariage, de même que celles de la Légitimité d'Albertine T'serclaes-Tilly, et ils requéraient qu'il fût ordonné au rescribant* (le sieur Minet) *d'individuer ce fait et circonstances, et qu'il prenne à cet égard une conclusion pertinente, s'il croit y être fondé.* — Le sieur Minet espéra d'éluder l'explication, en demandant *qu'il fût déclaré que les sentences de Rome, l'arrêt du conseil de Castille, et celui rendu par le conseil de Brabant, le 5 janvier 1747, sont passés en force de chose jugée contre les suppliants* (le prince de Robecq et le marquis de Morbecq); *qu'en conséquence de tous ces jugemens, la princesse Albertine T'serclaes-Tilly, par la mort de son père, a hérité à son décès en 1715, des biens de la maison de Tilly, etc.* — Le sieur Minet, pressé de nouveau, donna, en fuyant le jour de la contradiction, un mémoire qualifié *secret*, et qui, suivant les usages des Pays-Bas autrichiens, devait réellement demeurer tel. Ce n'était pas satisfaire à la demande: MM. de Robecq insistaient toujours. Le 18 mai 1782, le conseil de Brabant *tint pour satisfaction le mémoire secret*, et en accorda communication par extrait à MM. de Robecq: ils le foudroyèrent. — Le sieur Minet se hâta de déclarer *qu'il renonçait à toute autre*

Source : BIU Cujas

preuve, relativement au mariage d'Alexandrine de Bacq, et à l'état de naissance de sa fille Albertine, qu'à celle qui résultait de la chose jugée.

Le procès en cet état, on examina quatre questions : — La première, si les décisions de la congrégation des cardinaux, de 1728 et de 1730, étaient de simples actes ou des sentences; — la seconde, si, en supposant que ces décisions fussent des sentences, elles étaient valables, régulières, et avaient pu passer en force de chose jugée contre le prince de Robecq et le marquis de Morbecq, et si l'arrêt du 5 janvier 1747 avait pu leur donner une telle puissance; — la troisième, si, en supposant que ces décisions fussent des sentences valides et régulières, elles pouvaient produire en Brabant des effets civils, et si l'arrêt de 1747 avait jugé qu'elles en dussent produire; — la quatrième, si, en jugeant la question de nouveau, la feue dame de Castro devait, comme née d'un *mariage putatif*, être réputée légitime et habile à succéder. — MM. de Robecq n'ont pas eu de peine à faire voir que les trois premières questions ne pouvaient être décidées qu'à leur avantage; voici ce qu'ils ont dit sur la quatrième :

« Les cardinaux interprètes du concile de Trente ont dit en 1728, et ils ont répété en 1730, qu'il constait d'un premier mariage putatif. Qu'est-ce donc qu'un tel mariage? — Entre plusieurs dissertations estimées, données par Hertius, on en trouve (tome 1, page 348, §. 6), une particulière sur le mariage putatif : il y commence par définir le mariage véritable, et il observe ensuite, à l'égard du mariage putatif, que cette expression ne se trouve point dans les lois, et qu'elle peut se prendre en deux sens; ou il n'y a, dit-il, aucun mariage contracté, ou il y a un mariage, mais illicite, soit que les conjoints aient été en bonne ou en mauvaise foi : *Matrimonium putativum, ut et uxor putativa, duobus modis intelligi potest. Vel matrimonium nullum est planè contractum, putà, ubi quis pro uxore suâ habet, quæ reverà nondùm uxor est; vel est quidem aliquod contractum, sed illicitum, sive in bonâ, sive in malâ fide contrahentes fuerint.* Plusieurs personnes, continue-t-il, se servent de l'expression de mariage putatif dans ce sens étendu; d'où il naît de grands embarras : *Quâ laxâ*, dit-il, *significatione utuntur practicorum multi; undè magna tricarum oritur materies.* Il ajoute, que dans sa dissertation, il prendra les mots *mariage putatif* dans un sens plus étroit; et tout de suite il le définit, *un mariage contracté solennellement et de bonne foi entre des personnes qui ne pouvaient pas s'unir.* — Il faut donc distinguer les différentes espèces de mariage qu'on appelle également *mariage putatif*, de la définition du mariage putatif, dont Hertius a décrit les effets; il ne faut pas les séparer, ces effets qu'il décrit, des conditions qu'il exige, ni confondre le mariage putatif d'une espèce avec le mariage putatif d'une autre espèce. On ne peut pas attribuer les effets du mariage putatif défini par Hertius, dans le sens étroit, au mariage putatif pris dans un sens plus étendu, dont Hertius déclare qu'il n'a pas entendu s'occuper. — Voyons maintenant de quelle espèce pouvait être un mariage putatif entre le prince de Tilly et mademoiselle de Bacq. Il n'existait point d'empêchement entre eux; et supposé que la célébration ait jamais existé, elle n'a certainement pas été accompagnée des formalités exigées par la loi; il n'y a eu ni présence ni délégation du propre curé. A Rome même, on a été convaincu de ce fait; autrement, si les solennités eussent été gardées, la congrégation n'aurait pas manqué de déclarer qu'il existait un vrai mariage, puisqu'il ne se trouvait pas d'empêchement entre le prince de Tilly et mademoiselle de Bacq. — Le mariage putatif dont les cardinaux ont parlé dans leurs décisions, n'est donc pas dans l'espèce de celui auquel Hertius attribue les effets civils, puisque ce mariage manque des deux conditions qu'il exige, un empêchement ignoré par les contractans ou par l'un d'eux, et une exacte observation de toutes les solennités prescrites par la loi. Cette observation est exigée par tous les auteurs pour produire les effets civils. *V.* Benoît XIV, *institutiones ecclesiasticæ*, inst. 87, n. 80; Engel, *collegium juris canonici, ad tit. decret. qui filii sunt legitimi*, n. 2; Eybel, *introd. ad jus eccles.* tom. 4, lib. 2, cap. 13, §. 367. — Enfin le mot *putatif*, inconnu par les lois et peu en usage dans le monde, a été adopté par l'église, pour signifier *qui paraît être, ou qui est présumé être ce qui n'est pas.* C'est ainsi et dans ce sens, qu'elle a appelé Saint-Joseph le père putatif de Jésus-Christ. Or, dès que par le mot *putatif*, l'église entend et exprime cette phrase, il faut convenir que les cardinaux interprètes des lois de l'église, n'y ont pas attaché un autre sens; ils ont dit qu'il constait d'un premier mariage putatif, c'est-à-dire, d'un mariage qui était présumé être ce qu'il n'était pas : l'état même de la question, au moment où ils y ont répondu, le prouve d'une manière évidente. En effet, pour qu'ils déclarassent qu'il y avait un mariage de bonne foi, il leur fallait la preuve qu'il y avait eu une célébration, et on ne leur en fournissait aucune. Pour qu'ils répondissent qu'il y avait eu un mariage putatif dans le sens étendu d'Hertius, il suffisait qu'ils fussent instruits qu'il y avait eu promesse de mariage et copulation charnelle. — Dès la naissance du christianisme, on a pensé que les mariages devaient être célébrés en face de l'église; et cela a été observé pendant douze siècles. Le pape Grégoire IX décida le premier, que les promesses à futur faisaient présumer le mariage, lorsqu'elles étaient suivies de la copulation charnelle : *Sponsalia de futuro transeunt in matrimonium per carnalem copulam subsequentem.* Cette décision fit connaître le mariage présumé, ou, ce qui est la même chose, le mariage putatif, qui fut quelque temps regardé par les juges ecclésiastiques comme un mariage réel : mais l'horreur que l'église a pour les conjonctions illicites, les fit proscrire par les conciles de Latran et de Trente, qui les déclarèrent nulles et invalides. — En répondant, dira-t-on,

Source : BIU Cujas

qu'il y avait un mariage putatif, la congrégation a ajouté que l'enfant était légitime. Cette objection est résolue par les principes de la matière, et par la lettre que le cardinal Lambertini, alors secrétaire de la congrégation, et qui depuis nous a montré dans la chaire de Saint-Pierre, et sous le nom de Benoît XIV, l'un des plus grands successeurs de ce premier apôtre, écrivit à cette occasion au cardinal d'Alsace, que cette Légitimité ne regardait que *l'honneur, une pointille de réputation, et était sans conséquence pour les biens.* En effet, si la congrégation des cardinaux interprètes du concile de Trente, pouvait dire que le mariage putatif d'Albert-Octave conservait l'honneur et la réputation à la mère et à l'enfant, ce n'était qu'en considérant le for intérieur dans une conjonction colorée du nom de mariage de conscience; et comme la forme et la matière manquent dans ces sortes de conjonctions, la congrégation n'a pas entendu parler d'une Légitimité réelle, et encore moins des droits civils, dont la connaissance ne peut appartenir qu'aux magistrats, et la dispensation ne peut dépendre que des lois des pays où ils doivent être exercés. — Il est évident que le mariage putatif dans lequel on a déclaré à Rome que mademoiselle de Bacq avait vécu avec le prince de Tilly, n'est autre que ce mariage putatif dont parle Hertius, comme ayant seulement existé dans la pensée des conjoints, *matrimonium nullum est planè contractum*, et n'est autre que cette union formée par de simples promesses suivies d'une copulation charnelle, que Grégoire IX honora du nom de mariage, mais que les conciles de Latran et de Trente ont proscrite. — La demoiselle de Bacq représentait à Rome une promesse de mariage, les lettres attribuées au prince de Tilly, dans lesquelles il lui donnait le titre de femme; elle exposait qu'elle n'aurait jamais consenti à vivre avec lui autrement que dans le lien du mariage; de là on y a conclu qu'elle ne devait pas être regardée, en ce qui la touchait personnellement, comme la concubine d'Albert-Octave, mais qu'elle avait pensé qu'elle était sa femme, *uxor putativa*. De cette première conséquence, on en aura conclu encore qu'elle devait porter le nom de femme, et l'enfant celui de légitime, non pas comme elle l'avait demandé à la congrégation, *ad omnes effectus juris magis proficuos*, pour tous les effets de droit les plus utiles, mais seulement pour n'être pas nommé bâtard. Mademoiselle de Bacq avait spécifié que cette légitimation s'étendrait à tous les effets possibles : on ne lui accorde pas cette grace étendue, on lui donne moins qu'elle n'avait demandé; et en quoi lui donne-t-on moins, sinon en ce qu'on n'attribue pas à son mariage les effets civils, et à sa fille la capacité de succéder? — Le mariage qu'on appelle clandestin en France (et il est tel quand il est célébré sans les solennités requises, comme hors de la paroisse des contractans, sans publications de bans, sans dispense), ne produit jamais les effets civils, parcequ'il ne peut pas y avoir de bonne foi; et quoique la clandestinité toute seule ne fasse pas toujours annuller un mariage, qu'il soit quelquefois confirmé *quoad fœdus*, quant au lien, et qu'on laisse alors les qualités stériles de veuve et d'enfans légitimes, il est néanmoins toujours déclaré incapable de produire les effets civils. Le mariage secret, le mariage fait *in extremis*, également valables quant au sacrement, ne produisent aucun effet civil. De tels exemples suffisent pour reconnaître l'intention de la congrégation, clairement expliquée par le cardinal Lambertini, son secrétaire; et pour garantir la Légitimité dont elle a parlé dans ses actes, de toute inculpation de singularité ou de bizarrerie. — Entendre différemment la réponse des cardinaux, ce serait la rendre contradictoire. La Légitimité des enfans est l'effet du mariage; celui de mademoiselle de Bacq n'étant fondé que sur l'apparence, la Légitime qui en est l'effet, ne peut être réelle : elle est, comme le mariage, une *Légitimité de réputation*. Mademoiselle de T'serclaes n'a jamais pu être légitime d'une autre manière ».

C'est aussi ce qu'a jugé le conseil souverain de Brabant, en déclarant, par arrêt du 6 juillet 1782, le sieur Gusman et le sieur Minet non recevables dans leurs demandes.

Ceux-ci ont pris contre cet arrêt la voie de révision, qui est encore usitée dans les tribunaux belgiques, et même au parlement de Douai. Le procès a été instruit et examiné de nouveau. Des *adjoints réviseurs* du grand conseil de Malines et du conseil souverain de Mons, ont uni leurs lumières à celles de tous les magistrats du tribunal qui avait déjà prononcé. — Enfin, par arrêt du 6 septembre 1784, celui de 1782 a été confirmé, dans des termes qui en expliquent parfaitement les motifs; voici comment il est conçu : — « Faisant droit, déclare qu'erreur n'est intervenue dans l'arrêt du 6 juillet 1782, et que partant ledit arrêt sortira ses pleins et entiers effets; bien entendu que les décrets de la congrégation des cardinaux interprètes du concile de Trente, du 25 septembre 1728 et du 23 janvier 1730, ne sont point passés en force de chose jugée contre les ajournés, à l'effet d'avoir rendu Albertine de T'serclaes-Tilly habile à succéder; bien entendu aussi que la même Albertine de T'serclaes-Tilly n'a pas été habile ni qualifiée à recueillir quelque succession aux biens de la maison de T'serclaes-Tilly, soit en ligne directe ou collatérale, en vertu de la sentence de Castille, du 16 novembre 1734, et de l'arrêt de la cour, du 5 janvier 1747, mentionnés au procès; condamne les impétrans aux frais de cette instance et à la peine de folle révision ».

[[On peut voir à l'article *Décrets du conseil privé de Bruxelles*, quelles ont été les suites de cet arrêt.]]

VIII. Lorsque les conjoints putatifs n'ont négligé aucune des formalités essentielles du mariage, il faut des preuves bien claires de leur mauvaise foi,

Source : BIU Cujas

pour faire déclarer bâtards les enfans auxquels ils ont donné le jour. Louet rapporte un arrêt du 30 août 1597, qui juge légitimes les fruits d'un second mariage contracté par une femme du vivant de son mari condamné aux galères, *ayant néanmoins entendu que sondit mari était mort, s'étant contentée de cette nouvelle, sans particulièrement faire ouïr le messager, mettre sa déposition* apud acta, *et attendre l'an pour se remarier..... Le mariage avait été solennisé en face d'église, le mari sachant que la fiancée était mariée.*

IX. Une erreur de droit suffirait-elle pour assurer l'état des enfans nés d'un mariage auquel elle aurait donné lieu?

Le principe général est que la bonne foi ne se présume pas dans celui qui enfreint la disposition des lois : et de là il résulte, qu'un mariage, nul par l'effet d'un empêchement connu des deux parties, ne peut régulièrement produire que des bâtards, quoique l'homme ou la femme se soit imaginé que cet empêchement ne formait pas d'obstacle à leur union. C'est ainsi que, par l'arrêt du 28 février 1711, cité dans le n° précédent, le grand conseil de Malines a déclaré illégitime une fille dont la mère avait cru n'avoir pas besoin, pour se marier, de l'intervention de son curé.

Il peut cependant se présenter des circonstances assez favorables pour déterminer les juges à s'écarter de cette rigueur.

Nous trouvons dans les *Decisiones Frisicæ* de Sande, un arrêt du conseil souverain de Frise du 4 avril 1630, qui a jugé que les enfans nés d'un mariage contracté par erreur de droit entre l'oncle et la nièce, étaient légitimes.

C'est aussi ce qu'ont décidé les empereurs Marcus et Lucius dans une espèce rapportée au Digeste, titre *de ritu nuptiarum*, loi 57, §. 1. Voici les termes de ce précieux texte : « Les empereurs Marcus et Lucius ont envoyé le rescrit suivant à Flavia Tertulla par l'affranchi Mensor : Nous sommes touchés et du long espace de temps pendant lequel vous avez, par ignorance de droit, vécu avec votre oncle comme avec votre mari, et de ce que vous lui avez été donnée en mariage par votre aïeule, et du nombre de vos enfans. C'est pourquoi, et attendu le concours de toutes ces circonstances, nous confirmons l'état des enfans que vous avez eus de ce mariage contracté depuis plus de quarante ans, et nous voulons qu'ils soient regardés comme légitimes. *Divus Marcus et Lucius imperatores Flaviæ Tertullæ per Mensorem libertum ita rescripserunt : Movemur et temporis diuturnitate, quo ignara juris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quòd ab aviâ tuâ collocata es, et numero liberorum vestrorum. Idcircò quæ cùm hæc omnia in unum concurrant, confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quæsitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde atque si legitimè concepti fuissent* ».

Mais remarquez (dit M. d'Aguesseau), combien de circonstances les empereurs relèvent; et ils ne sont frappés que de leur réunion, *cùm hæc omnia in unum concurrant.* — 1° Le long temps; l'espace de quarante années; — 2° L'ignorance du droit, qui s'excuse en plusieurs cas dans une femme (*V. Ignorance*); — 3° L'autorité d'une aïeule qui avait marié la nièce dont il s'agissait, et à laquelle seule on devait imputer la faute; — 4° Le nombre des enfans.

X. Lorsque la bonne foi des époux ou de l'un d'eux ne supplée pas à la nullité du mariage qu'ils ont contracté, les enfans qu'ils ont eus ensemble, doivent régulièrement être déclarés illégitimes.

On dit *régulièrement;* car il peut quelquefois arriver que des fins de non recevoir assurent leur état. *V. Mariage*, sect. 6.

XI. Doit-on regarder comme légitime l'enfant né d'un mariage contracté avant qu'un engagement antérieur qui y formait obstacle, mais qui était nul en soi, fût annullé par le juge compétent? Cette question est traitée au Journal du palais, tome 1, page 178.

On dit pour la négative, « qu'il y a des actes qui sont nuls de plein droit, comme les contrats passés par des impubères, parceque la loi ne les connaît point encore, pour les obliger à l'exécution de leurs promesses; mais qu'aussi il y en a d'autres qui ne peuvent être annullés sans lettres du prince ou jugement solennel, comme ceux qui sont passés par des majeurs ou par des mineurs approchant de la majorité; et de cette sorte (ajoute-t-on), sont les actes qui blessent la république, les lois, les ordonnances, la validité des mariages, l'état des enfans. Quand on fait un mariage, on contracte avec la république; c'est un traité qui lui répond d'une famille, et qui lui produit des citoyens pour la servir : et s'il arrive qu'on veuille révoquer ce traité, il faut un appel comme d'abus et un arrêt ». — A ces raisons se réunit l'autorité d'un arrêt de règlement du 9 juillet 1668, qui « fait défenses à toutes personnes de contracter mariage à l'avenir avec des personnes qui auront fait des vœux et obtenu des rescrits pour les déclarer nuls, qu'auparavant lesdits rescrits n'aient été entérinés, à peine de la vie contre l'un et l'autre des contrevenans ». — Cet arrêt est inséré dans les mémoires du clergé.

On dit au contraire pour l'affirmative, que le juge n'établit et ne donne pas le droit par sa sentence, mais déclare seulement celui qui était acquis; que par conséquent un engagement nul ne doit pas empêcher qu'on n'en forme un autre; et que la nullité du premier venant dans la suite à être déclarée, la validité du second ne doit plus souffrir aucune difficulté.

Ce parti a été adopté par plusieurs arrêts célèbres.

Un des plus remarquables est celui du 11 mars 1660 : il surseoit à faire droit sur l'appel comme d'abus du second mariage contracté par Jeanne Tourneux avec Fréart, jusqu'à ce qu'il ait été sta-

Source : BIU Cujas

tué sur la validité du premier, contracté entr'elle et le nommé Bigot. — [[L'art. 189 du Code Napoléon veut pareillement qu'en ce cas, « la validité ou la nullité du premier mariage soit jugée préalablement ».]]

On a rapporté au mot *Bigamie* un arrêt du 29 décembre 1781, qui confirme cette jurisprudence, en déchargeant de l'accusation de bigamie un particulier qui avait passé à un second mariage, sans avoir, au préalable, fait annuller celui qu'il avait précédemment contracté sans aucune forme.

Il y en a trois autres qui ont jugé que des vœux nuls qui n'avaient point été cassés en justice, n'étaient pas un obstacle au mariage ni à la Légitimité des enfans. Le premier est du 11 juillet 1658; il est rapporté au Journal des audiences. Le second est de l'année 1671; il en est fait mention dans le Journal du palais, à l'endroit cité. Le troisième est du 16 mai 1746; on peut en avoir l'espèce dans la collection de Denisart, au mot *Mariage*.

Cette jurisprudence n'est cependant pas à l'abri de toute critique, ou du moins il serait dangereux de vouloir l'appliquer au cas où l'engagement qui précède le mariage, n'est pas d'une nullité visible et frappante. — « Nous n'ignorons pas (dit M. d'Aguesseau), que l'on a confirmé plusieurs mariages contractés au préjudice d'un premier engagement. Mais dans quelle espèce a-t-on pu rendre de pareils jugemens? lorsque le premier mariage était tellement nul, que les parties ne pouvaient se croire véritablement engagées; lors, par exemple, qu'un fils de famille mineur, dont la séduction est constante, s'étant marié sans publication de bans, sans présence du propre curé, réclame aussitôt après son mariage l'autorité des lois et la protection de la justice. Quoiqu'il serait plus régulier d'attendre que le premier mariage fût déclaré nul, on excuse cependant la précipitation d'un homme qui s'engage avant la fin d'un procès dont l'évènement ne peut être douteux. — Mais lorsque les parties ont cru leur engagement valable pendant le cours de plusieurs années, lorsqu'ils l'ont déclaré par des actes publics, lorsque l'église les a reçus à la participation de ses sacremens, comme des personnes dont l'union était légitime, que le public les a toujours considérés comme mari et femme, qu'eux-mêmes se sont toujours donné cette qualité mutuellement; ne doit-on pas rentrer dans le droit commun, et décider que ce premier mariage, défectueux à la vérité dans son commencement, est néanmoins un empêchement capable de dirimer ceux qui l'ont suivi »?

XII. Comme il y a, suivant la déclaration de 1639 et l'édit de 1697, des mariages valables quant au sacrement, et nuls quant aux effets civils, il est clair que les enfans nés des personnes qui les ont contractés, doivent être regardés comme légitimes dans l'église, et comme bâtards dans l'état. — — Néanmoins dans la pratique on se contente, même dans les tribunaux séculiers, de les déclarer incapables des effets civils de la filiation, et on leur laisse la qualité de légitimes, afin qu'ils ne soient point arrêtés par une équivoque dans l'usage qu'ils peuvent en faire par rapport aux effets canoniques. C'est ce que nous apprennent trois arrêts rapportés par Augeard.

Voici l'espèce des deux premiers. — Le nommé Fournier avait d'un premier mariage une fille nommée Catherine; il avait contracté un second mariage avec sa servante; mais il l'avait tenu secret jusqu'à sa mort, et il lui en était né un fils nommé Mathurin. Lorsqu'il fut question de partager sa succession, Catherine Fournier interjeta appel comme d'abus du second mariage, dans l'espérance de faire déclarer son frère consanguin illégitime. Mais par arrêt du 11 mai 1671, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Bignon, la cour dit qu'il n'y avait abus, et néanmoins maintint Catherine Fournier dans tous les biens du défunt, distraction faite d'une somme de 3000 livres, qu'elle adjugea à Mathurin Fournier pour tout ce qu'il pouvait prétendre. — Comme cet arrêt déclarait implicitement Mathurin Fournier légitime, il voulut dans la suite s'en faire un titre pour prendre part dans une succession collatérale, et sa prétention fut accueillie par sentence des requêtes du palais du 19 septembre 1703. Mais sur l'appel, arrêt intervint le 24 juillet 1704, qui le débouta de ses demandes, *comme incapable de toutes successions directes et collatérales.*

Le troisième arrêt n'est pas moins précis. Le nommé du Simon avait épousé au lit de la mort une fille dont il avait eu plusieurs enfans. Ses parens interjetèrent appel comme d'abus de ce mariage: mais par arrêt du 14 juillet 1687, « la cour jugea qu'il n'y avait abus; et pour certaines considérations, adjugea à trois enfans qui restaient de cette conjonction, le tiers des biens de du Simon en propriété, et la moitié de ce tiers en usufruit à la mère, en déclarant que ce tiers n'était pas donné aux enfans comme portion héréditaire, mais par forme d'alimens ». —[[*V. Mariage*, sect 9.]]

XIII. La déclaration de 1639 met au nombre des enfans légitimes quant aux effets canoniques, et bâtards quant aux effets civils, ceux qui sont nés d'un mariage contracté entre des personnes dont l'une était morte civilement au temps de la célébration. Mais cette loi ne décide pas s'il faut aussi regarder comme illégitime, dans l'ordre politique, un enfant qui est né après la mort civile de son père ou de sa mère, d'un mariage contracté auparavant. L'affirmative ne souffre cependant aucune difficulté, et elle est établie par le Camus d'Houlouve sur la coutume du Boulonnais, tome 1, page 41: « Ceux (dit-il), qui n'étaient ni nés ni conçus au temps de la mort civile de leur père, quoique légitimes (aux yeux de la religion), sont incapables de recueillir les successions directes ou collatérales, parcequ'il n'a pu leur transmettre les effets civils qu'il n'avait plus; et dans ce cas, les enfans

Source : BIU Cujas

nés ou conçus avant la mort civile du père, excluent de sa succession et de toutes autres ceux qui sont nés depuis ».

Denisart confirme cette doctrine par un arrêt qu'il rapporte en ces termes : « Les enfans qui naissent de personnes condamnées à mort civile, depuis leur condamnation, sont légitimes; mais ils sont incapables de succéder à leurs parens, parcequ'un tronc mort, disent les auteurs, ne peut pas produire des branches vives. Cela a été ainsi jugé par arrêt du mois de février 1745, confirmatif d'une sentence du châtelet ».

On trouve la même décision consignée dans un arrêt du 15 mai 1665, rapporté au Journal des audiences : il déclare une fille, dont le père et la mère avaient été condamnés à mort par contumace, non recevable dans sa demande en partage de la succession de son frère, parcequ'elle était née depuis la condamnation, quoique d'un mariage contracté même avant le crime.

Une comparaison rendra encore cette vérité plus sensible.—Chez les Romains, un prisonnier de guerre était réputé mort civilement du jour de sa captivité. On a demandé si les enfans qu'un père et une mère avaient eus, dans cet état, d'un mariage formé pendant qu'ils étaient libres, devaient être regardés comme légitimes? et il a été décidé que non. On a ensuite poussé la question plus loin : on a supposé que le père et la mère avaient recouvré leur liberté, et l'on a répondu qu'en ce cas les enfans nés pendant leur captivité, étaient devenus légitimes par droit de retour, *jure postliminii*. Mais que serait-ce, a-t-on ajouté, si le père mourait captif, et que la mère revînt seule avec ses enfans? Le législateur a voulu que dans cette hypothèse, les enfans fussent réputés bâtards.— Toutes ces décisions sont renfermées dans la loi 26, D. *de captivis et postliminio reversis*. Les termes en sont précieux : *Divus Severus et Antoninus rescripserunt, si uxor cum marito ab hostibus capta sit, et ibidem ex marito enixa sit, si reversi fuerint, JUSTOS esse et parentes et liberos, et filium in potestate patris, quemadmodùm si jure postliminii indè reversus sit. Quòd si cum matre suâ solâ revertatur, quasi sine marito natus, SPURIUS habebitur.* — Nous reviendrons sur cette loi à l'article *Mort civile*, §. 2.

[[Suivant l'art. 25 du Code Napoléon, le mariage *est dissous, quant à ses effets civils*, par la condamnation de l'un des époux à une peine emportant la mort civile. Ainsi, nul doute que, sous le Code Napoléon, comme sous l'ancienne jurisprudence, on ne doive regarder comme illégitimes les enfans nés après la mort civile de leur père ou de leur mère, quoique l'un et l'autre aient été régulièrement mariés avant cette époque.]]

§. II. *Comment doit être prouvée en général l'existence du mariage considéré par rapport à la Légitimité?*

I. Le mariage étant la seule source de la Légitimité, il est clair que tout enfant qui se prétend légitime, doit prouver qu'il a pour père et mère des personnes mariées. — C'est en représentant l'acte de célébration de leur mariage, qu'il fait cette preuve

Mais quel état lui donnera-t-on, si, sans pouvoir représenter cet acte, il prouve que son père et sa mère ont toujours vécu comme mari et femme, et ont toujours passé pour tels dans l'opinion du public?

Chez les Romains, on l'aurait déclaré légitime sans aucune difficulté : comme le mariage pouvait se contracter parmi eux sans formalités publiques, et par le seul consentement des parties, il était naturel d'en présumer l'existence toutes les fois qu'on en remarquait les signes extérieurs. Aussi voyons-nous dans la loi 31, D. *de donationibus*, que la longue cohabitation et les circonstances dont elle était accompagnée, distinguaient la femme légitime d'avec la concubine : *Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit; nec si matrimonium inter eosdem posteà fuerit contractum, ad irritum recidere quod antè jure valuit. An autem maritalis honor et affectio pridem præcesserit, personis comparatis, vitæ conjunctione consideratâ, perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium.*

Le droit canonique a aussi autorisé long-temps ces sortes de présomptions : c'est ce que prouvent plusieurs textes, et entre autres le chapitre *illud*, aux décrétales, *de præsumptionibus*.

On allait même beaucoup plus loin. Dès qu'il était avoué ou constaté qu'un homme et une personne du sexe avaient vécu ensemble comme mari et femme, non seulement on les présumait mariés, mais même on rejetait toute preuve du contraire, parceque le mariage se formant alors par le seul consentement des parties, ce n'était rien prouver, que de faire voir qu'il n'y avait pas eu de bénédiction nuptiale en face de l'église.

« Mais (dit M. d'Aguesseau) le concile de Trente a réformé cet abus, quand il a prescrit la présence du propre curé, et celle de trois témoins; quand il a imposé la nécessité de tenir des registres de mariage dans toutes les paroisses ». — L'art. 40 de l'ordonnance de Blois, de 1579, a confirmé cette disposition.

Mais (et cette remarque est importante pour l'exacte intelligence de quelques anciens arrêts), ni le concile ni l'ordonnance de Blois ne furent exécutés tout de suite; et il y eut des parlemens qui continuèrent pendant quelque temps de donner à la cohabitation précédée d'une promesse de mariage, l'effet d'un mariage véritable.

Ce fut en 1600, que l'ordonnance de Blois, confirmée dans la suite par la déclaration de 1639, commença à recevoir une exécution absolue. Les mêmes livres qui nous apprennent le progrès de cette jurisprudence, nous avertissent tous que, depuis cette époque, toutes les présomptions de mariage cessèrent. — « On ne s'arrête plus à ces anciens arrêts; ils ne tirent plus à conséquence, et ne servent

Source : BIU Cujas

qu'à indiquer la jurisprudence ancienne ». C'est ainsi, entre autres, que s'exprime Brillon, dans son Dictionnaire, au mot *Mariage*, n. 144. — « Ce sont (dit aussi Duperrai, *Traité des dispenses de mariage*, ch. 2), *de vieilles erreurs*, lesquelles se sont dissipées *sur la fin du seizieme siècle* ». — Danti, sur Boiceau, dit également, page 120 : « Cette jurisprudence n'a plus lieu depuis le concile de Trente et l'ordonnance de Blois, suivant lesquels on n'a plus d'égard, en France et en Italie, aux mariages présumés par la cohabitation ». Sur quoi, l'auteur renvoie à Brodeau sur Louet, lettre M., §. 6.

Inutilement donc invoquerait-on aujourd'hui l'arrêt de 1592, rapporté par Anne Robert, qui jugea que, sans contrat de mariage, sans publication de bans, et sans bénédiction nuptiale, la déclaration faite par un père en justice, qu'il avait promis foi de mariage à sa servante, qu'elle ne s'était rendue que sous cette promesse, qu'il l'avait entretenue comme sa légitime épouse, qu'il voulait et entendait que sa fille fût tenue pour fille légitime, et qu'elle fût son héritière, suffisait pour rendre la fille légitime. « Cet arrêt (dit M. l'avocat général Bignon) a été rendu suivant l'ancienne jurisprudence, quoiqu'après l'ordonnance de Blois, qui n'a commencé à cet égard de s'observer étroitement que depuis 1600 ». (Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 59. *V.* aussi le même auteur, liv. 1, ch. 70.)

Le propre additionnaire d'Anne Robert, quoiqu'écrivant dans un temps où la jurisprudence n'était pas aussi raffermie sur ce point qu'elle l'est aujourd'hui, par le suffrage constant et unanime de tous les tribunaux de France, nous avertit (page 632 de la traduction française), qu'il ne faut pas faire état de cet arrêt; et il en rapporte de contraires de 1604.

II. Il n'y a cependant pas de loi qui, en cette matière, prohibe d'une manière absolue et indéfinie, la preuve par témoins de la célébration des mariages; au contraire, l'ordonnance de 1667 la permet expressément, toutes les fois qu'il est prouvé que les registres sont perdus, soit par un accident inopiné, soit par force majeure, ou que, par négligence, il n'en a jamais été tenu. *V. Mariage*, sect. 5.

III. Mais le silence de nos lois sur la possession d'état, dénuée de la preuve d'un mariage, suffit-il pour ôter à cette possession l'effet qu'elle produisait chez les Romains ?

S'il en faut croire Denizart, voici un arrêt qui a jugé pour l'affirmative. — « Marie Charuel, après avoir épousé Jacques Houdoyer, en fut abandonnée, sans qu'on pût savoir ce qu'il était devenu. Elle vécut depuis et pendant fort long-temps avec Louis Girard, sur les paroisses de Saint-Benoît et Saint-Severin, à Paris; elle en eut un fils baptisé comme légitime en 1685. Après la mort de Louis Girard, elle prit la qualité de veuve : un avis de parens assurait à l'enfant l'état de légitime. L'inventaire fut fait à la requête d'elle, comme veuve, et du fils, comme héritier; elle décéda en possession de son état : son inventaire fut même fait à la requête de cet enfant, et d'une fille qu'elle avait eue de son mariage avec Houdoyer. Jean Girard, qui était né de l'habitation publique de Louis Girard avec Marie Charuel, ayant demandé le partage des biens de sa mère contre sa sœur Marie Houdoyer, celle-ci attaqua son état, et soutint qu'il n'y avait pas eu de mariage entre Marie Charuel et Louis Girard : elle ajouta même, qu'il ne pouvait pas y en avoir, au moyen de ce qu'on ignorait le sort de Jacques Houdoyer. Jean Girard répondait qu'il était en possession de son état depuis vingt-sept ans : il alléguait une cohabitation publique de son père et de sa mère, et rapportait des actes où ils étaient qualifiés de mari et femme; son extrait baptistaire était en règle, sa qualité de légitime était reconnue par des avis de parens et par des inventaires. Cependant, parcequ'il ne rapportait point d'acte de célébration, ni d'extrait mortuaire de Jacques Houdoyer, il fut débouté de sa demande en partage, par sentence du châtelet, confirmée par arrêt du 12 juillet 1713, rendu sur les conclusions de M. Joly de Fleury, avocat général ».

Ainsi, selon Denizart, le parlement de Paris a jugé que, lors même que le père et la mère sont décédés, lorsque leur fils par conséquent ne peut pas savoir où a pu être célébré leur mariage, la seule possession est insuffisante pour le garantir de la tache de la bâtardise. — Mais peut-on raisonnablement supposer que le parlement de Paris ait consacré une pareille maxime ?

Qu'est-ce que l'état ? « C'est (répond M. Elie de Beaumont, dans un de ses plus beaux mémoires, celui pour la dame d'Anglure) la réunion des rapports par lesquels un homme tient à d'autres hommes dans la société. — Par cela seul, on conçoit que la possession doit être du plus grand poids en matière d'état, parcequ'elle ne dépend pas de la seule volonté, du seul fait de celui qui la présente en sa faveur, et qu'elle exige nécessairement le libre concours de ceux dont les relations avec lui constituent son état. On ne se fait pas tout seul fils, père, époux ou frère; il faut nécessairement qu'il y ait d'autres êtres au regard desquels on ait ces qualités. On est individuellement et abstractivement homme, par cela seul qu'on existe; mais par cela seul qu'on existe, on n'est point le fils de tel ou tel, si l'on n'est en même temps le petit-fils de son père, le petit-neveu de son oncle, le frère de son fils, l'oncle de son petit-fils, et le beau-frère de son gendre. Or, ces divers rapports, on n'est pas le maître de se les donner à soi-même; il faut nécessairement qu'on les tienne de l'aveu, des reconnaissances de ceux avec lesquels ces rapports nous lient. Un enfant dans son berceau ne se crée point de parentés avec tout ce qui l'environne; il ne le pourrait, ni par sa volonté, puisqu'il n'en a point encore, ni par sa force, puisqu'il n'en a point davantage. Il n'est donc que ce qu'on l'a fait être, que ce qu'on a

Source : BIU Cujas

voulu qu'il fût. Et de là, le poids irrésistible de la possession en matière d'état, parcequ'étant nécessairement l'ouvrage de tant de personnes à la fois, et ne pouvant jamais l'être de celui qui y a le principal intérêt, puisqu'il n'a pu, en sortant du sein de sa mère, ni se la donner, ni la refuser, elle porte nécessairement un caractère de vérité, et exclut toute idée d'usurpation ou d'injustice ».

Un autre motif encore de la force donnée à la possession d'état par les lois de tous les peuples policés, se tire de la pudeur publique. On ne peut presque jamais se porter à supposer qu'un seul homme ait pu s'en écarter au point de vouloir induire en erreur ses amis, ses proches, et la société entière. La supposition ou la suppression d'état réunissent tant de crimes à la fois, qu'on ne peut les présumer; et dès-là, il faut bien regarder la possession d'un état, comme l'interprète et la preuve de la vérité même de cet état. Il existe même une loi solennelle qui donne à cet argument la plus grande force. Nous voulons parler de la déclaration de 1697, qui autorise le ministère public à se faire justifier, dans l'année, du titre légal de la cohabitation de deux personnes de différens sexes qui vivent ensemble. Son silence est un hommage qu'il rend à la pureté, à la Légitimité de la liaison qui les unit, et conséquemment à la possession légitime des enfans qui naissent d'eux.

Un troisième motif, enfin, qui donne parmi nous tant de poids à la possession d'état, est la force qu'elle ajoute au titre. La mauvaise foi peut soulever des contestations sur le titre; elle peut imaginer de faux systèmes pour le combatre; elle peut calomnier nos lois, en les accusant d'imperfection sur ce point. Mais il est impossible de contester l'influence de la possession. La possession se suffit à elle-même; elle n'a besoin d'aucun secours étranger; et ce n'est pas seulement en matière d'état que les tribunaux lui reconnaissent cette puissance, c'est dans tous les autres cas. Tous les jours, la loi maintient un homme dans la possession d'un champ qu'il a pu usurper pendant l'absence ou la longue négligence du propriétaire; et elle le maintient, par cela seul qu'il possède, sauf ensuite à attaquer sa possession par un titre contraire. Comment donc n'aurait-elle pas maintenu celui qui a pour titre une possession qu'on ne peut l'accuser de s'être attribuée à lui-même, puisqu'elle existe aussi anciennement que lui, et du moment même de sa naissance?

Ces vérités sont palpables, et il est impossible qu'on les contredise, parcequ'elles sont puisées dans l'ordre essentiel des choses, dans l'évidence, dans la nature. — Aussi ont-elles été unanimement professées établies par tout ce que nous avons de plus célèbres jurisconsultes.

Satis est (nous dit Mornac sur la loi 6, D. *de his qui sui vel alieni juris sunt*), *ad ejusmodi de natalibus quæstiones, ut quis nominetur filius et publicè agnoscatur, passimque habeatur et credatur apud omnes.*

Soëfve, rapportant l'espèce d'un arrêt célèbre, dont nous parlerons dans l'instant, s'exprime ainsi: « Ce qui faisait le plus pour la vérité du mariage, était la possession dans laquelle l'un et l'autre avaient été pendant si long-temps, de la qualité de mari et femme, au vu et su de tout le monde ».

Mais entre tous ceux de nos jurisconsultes qui se sont expliqués sur les effets incontestables de la possession d'état, il n'en est point qui l'ait fait avec autant de force et d'énergie que Cochin dans la cause de Bourgelat: — « De toutes les preuves qui assurent l'état des hommes (nous dit ce célèbre orateur), il n'y en a point de plus solides et de plus puissantes que celle de la possession publique. L'état n'est autre chose que le rang et la place que chacun tient dans la société générale des hommes, et dans les sociétés particulières que la proximité du sang forme dans les familles; et quelle preuve plus décisive pour fixer cette place, que la possession publique où l'on est d'en occuper une depuis qu'on est au monde? — Les hommes ne se connaissent entre eux que par cette possession; celui-là a toujours reconnu un tel pour son père, une telle pour sa mère, celui-là pour son frère, les autres pour ses cousins; il a été de même reconnu par eux; le public a été instruit de cette relation: comment, après trente ou quarante ans, changer toutes ces idées, détacher un homme d'une famille dans laquelle il est, pour ainsi dire, enraciné par tant d'actes et de reconnaissances géminées? C'est dissoudre ce qu'il y a de plus indissoluble; c'est, en quelque manière, rendre les hommes étrangers les uns aux autres. On ne se reposera plus sur la foi publique et sur une longue habitude de se reconnaître dans un certain degré de parenté; le frère se tiendra en garde contre son frère, qui dans peu pourra cesser de l'être, si la possession publique ne le rassure plus contre de telles révolutions. En un mot, c'est ébranler les fondemens de la tranquillité publique, que de ne pas reconnaître l'autorité de la possession publique de l'état. — Celui qui l'a en sa faveur, n'est point obligé de remonter à d'autres preuves; elle supplée aux actes de célébration de mariage, aux extraits baptistaires, et à tous les actes qui sont ordinairement employés pour fixer l'état des hommes. — Mais si ce principe est si nécessaire en lui-même, il devient encore plus sacré, quand on oppose aux enfans qu'ils ne rapportent point l'acte de célébration de mariage de leur père et de leur mère. La raison décisive est que ce titre n'est point personnel aux enfans: les titres qui leur sont propres sont leurs extraits baptistaires; ils sont obligés d'en justifier, ou de suppléer à ces titres essentiels par d'autres actes, et principalement par les papiers domestiques des pères et des mères décédés; et si tout cela leur manque, la possession publique de l'état vient à leur secours: mais il n'y a jamais eu ni loi ni ordonnance qui ait exigé qu'ils portassent la preuve jusqu'à établir que la qualité de mari et de femme, prise en tout temps par leur père et leur mère, leur

Source : BIU Cujas

a appartenu légitimement : elle se supplée de droit, dès qu'ils ont eu publiquement des enfans qu'ils ont élevés comme des fruits précieux d'une union légitime. Les enfans n'ont donc à prouver que leur état. Cet état, bien établi par la possession publique, fait présumer de droit celui du père et de la mère, sans qu'on soit obligé de remonter jusqu'à l'acte de célébration de leur mariage. — En effet, ce serait réduire très souvent les enfans à l'impossible. Combien y en a-t-il qui, élevés tranquillement sous les yeux de leurs parens, n'ont jamais pensé à demander où leur père avait été marié, et qui, interrogés sur ce point après la mort de leur père, seraient absolument hors d'état d'y répondre? Combien y en a-t-il qui ne savent pas même où leur père demeurait dans le temps de son mariage? D'ailleurs, combien de mariages se font, avec dispense du curé des parties, dans des paroisses éloignées? Enfin, combien y en a-t-il qui n'ont fait rédiger leur mariage que sur une feuille volante qui peut périr par mille accidens? Comment des enfans qui n'ont jamais demandé compte à leur père de la Légitimité de son mariage, iront-ils découvrir cette paroisse étrangère? Comment trouveront-ils cette feuille volante, que des parens, avides de la succession de leur père, auront enlevée? Faudra-t-il que des enfans, tristes victimes de ces malheureux évènemens, auxquels il ne leur était pas possible de parer, perdent leur état et soient privés des honneurs d'une naissance légitime? Si la nécessité de remonter ainsi jusqu'aux titres de ses auteurs, est une fois admise, cela n'aura plus de bornes. Un fils qui viendra par représentation de son père à la succession de son aïeul, sera donc obligé de rapporter, non seulement l'acte de célébration du mariage de son père, mais encore celui de son aïeul, qui a pu changer vingt fois de domicile en sa vie, sans que ses petits-fils en aient aucune notion; ce que l'on dit de l'aïeul, il faudra le dire quelquefois du bisaïeul, et ainsi à l'infini; ce qui dégénère dans une absurdité manifeste. — Jamais on n'a porté l'inquisition à de tels excès. On s'est toujours reposé sur la foi publique. Dans toutes les circonstances où la Légitimité est nécessaire, jamais elle ne s'établit que par l'extrait baptistaire de celui qui se présente. S'agit-il de recevoir un magistrat, d'ordonner un prêtre? son extrait baptistaire suffit, et jamais on n'a demandé l'acte de célébration de mariage du père et de la mère. Pourquoi cela? c'est que l'enfant dont l'état est assuré par les titres qui lui sont personnels, ne peut être obligé de rapporter les titres de ses auteurs; c'est que l'autorité des titres personnels de l'enfant, et leur exécution, prouvent par elles-mêmes l'existence des titres de ses auteurs, quoiqu'ils ne soient pas rapportés; et, pour tout dire en un mot, c'est que la possession publique suffit par elle-même : c'est à ceux qui la combattent après cela, à rapporter des titres contraires; mais tant qu'il n'en paraît pas, on défère et on doit nécessairement déférer à cette possession.... — C'est aussi l'esprit de toutes les lois : elles annoncent par-tout l'autorité de la possession dans les questions d'état; elles décident qu'avec les secours de cette possession, la perte des titres est réparée..... ». — Ici, Cochin rapporte divers textes du droit romain; et après la fameuse loi *si vicinis vel aliis scientibus*, il ajoute : — « Dans l'espèce de cette loi, il n'y avait ni titre qui prouvât le mariage, ni acte qui établît la naissance de l'enfant. Cependant l'un et l'autre sont inébranlables. Pourquoi cela? c'est que la femme a vécu, aux yeux de tout le voisinage, comme femme légitime; c'est que l'enfant a été élevé de même, comme le fruit de leur union, *vicinis vel aliis scientibus*. C'en est assez pour assurer son état, malgré la perte de tous les titres ».

Ainsi parlait Cochin dans la célèbre affaire que nous avons citée. — Et, qu'on n'aille pas lui faire l'injure de croire qu'il a plus donné au besoin de sa cause qu'à sa conviction personnelle : ce serait bien mal connaître cet homme vertueux. Jamais il ne défendit que ce qu'il aurait jugé. Mais après avoir entendu l'orateur en présence des juges, lisons le jurisconsulte dans le silence du cabinet : — « On estime (nous dit-il dans sa soixante-quatrième consultation), que la possession publique d'enfans légitimes de tels et tels, suffit pour assurer cet état; en sorte que l'enfant qui établit cette possession, n'a pas besoin de titres primordiaux d'où elle dérive, comme l'acte de célébration de mariage de son père et de sa mère, parcequ'en général tout possesseur qui est attaqué, n'a rien à prouver, et que c'est à celui qui trouble, à justifier que sa possession est injuste. C'est ce qui a lieu dans les matières les plus communes. Celui qui est en possession d'un héritage depuis plus d'un an, n'y peut être inquiété, sous prétexte qu'il ne rapporte pas le titre de sa propriété. Sa possession lui suffit : *possideo quia possideo*. De même, un enfant qui a été nourri, élevé, mis en pension, marié, comme enfant légitime de telles et telles personnes, et qui est par-là en possession publique de la Légitimité, n'est point obligé d'en rapporter d'autres preuves; c'est à ceux qui prétendent qu'il est bâtard, à en rapporter la preuve. La présomption est toujours pour la possession publique et paisible; autrement on courrait risque de dégrader un enfant élevé tranquillement dans la maison de son père et de sa mère, comme le fruit légitime de leur mariage. Il se repose sur son état et sa possession, et jouit en conséquence : s'il peut décheoir de son état, faute de rapporter les titres primordiaux, c'est le réduire à l'impossible. Il ignore, et doit naturellement ignorer où son père et sa mère ont été mariés; en sorte que, dans l'impossibilité de trouver l'acte de célébration qui existe, il faudra que cet enfant, né d'une conjonction légitime, et qui a joui de tous les honneurs dus à sa naissance pendant la vie de son père et de sa mère, soit, après leur mort, réduit au vil état de bâtardise. Les lois sont trop équitables pour s'armer d'une sévérité si contraire à la justice ».

Source : BIU Cujas

Tels sont les principes sur la possession d'état, et sur l'effet naturel que produit cette possession, de dispenser l'enfant de rapporter les titre constitutif de l'état de son père et de sa mère. La jurisprudence les a consacrés par tant d'arrêts solennels, que nous ne sommes embarrassés que de leur nombre. Contentons nous de retracer ici les principaux.

En voici un qui a été rendu au parlement de Dijon. M. Le Roux, président aux requêtes du palais à Rouen, étant marié, eut un enfant de la demoiselle Lemercher; il l'emmena à sa terre de Bosc-Théroulde, et lui fit épouser le sieur de Bruyères, qui vint demeurer dans cette paroisse. Après sept à huit ans de mariage, la demoiselle Lemercher devint veuve : M. Le Roux, devenu veuf aussi, l'épousa, ou du moins le curé du Bosc-Théroulde lui avait délivré un certificat de mariage; mais il n'était signé d'aucun témoin; et même il contenait, au commencement et à la fin de son texte, deux dates différentes. — La demoiselle L mercher alla demeurer à Rouen chez M. Le Roux. Tous les parens la regardèrent comme sa femme; elle accoucha de deux enfans qui furent tenus sur les fonts baptismaux par les enfans du premier mariage du magistrat. Dans l'acte de baptême, ils furent dits enfans légitimes de M. Le Roux et de la demoiselle Lemercher. Après huit ans de leur union, M. Le Roux décéda; son fils du premier lit interjeta appel comme d'abus du mariage prétendu de son père avec la demoiselle Lemercher. Une fille, restée seule de ce mariage, en soutint la validité. — Les moyens de l'appel comme d'abus étaient, l'insuffisance du certificat, l'adultère commis durant le mariage de M. Le Roux, et la preuve qu'on offrait de l'intimité avec laquelle il avait vécu avec la demoiselle Lemercher, tandis qu'elle était femme du sieur de Bruyères. Mais la fille de cette demoiselle soutint que, n'y ayant pas de registres dans la paroisse, le certificat devait en tenir lieu, surtout eu égard au temps non suspect où il avait été délivré; qu'au surplus la preuve de l'adultère n'était pas admissible, ce crime ne formant un empêchement dirimant que lorsqu'il est joint à des promesses de mariage, ou à l'attentat sur la vie de l'un des conjoints; que d'ailleurs sa possession d'état de fille légitime était notoire. — L'affaire ayant été renvoyée au parlement de Dijon, il y intervint, le 11 août 1678, un arrêt qui débouta le sieur Le Roux fils de sa demande en preuve, confirma le mariage et déclara la demoiselle Le Roux légitime.

Un autre arrêt bien célèbre en cette matière, est celui que rapporte Soëfve, tome 2, cent. 4, ch. 92. — André Dochin, procureur au parlement de Paris, et Colette Raquelot avaient vécu ensemble comme mari et femme pendant trente-sept ou trente-huit ans. Les héritiers du mari attaquèrent une donation universelle qu'il avait faite à Colette Raquelot, sur le fondement qu'il n'y avait point eu de mariage. Non seulement Colette Raquelot ne rapportait point d'acte de célébration; mais ayant soutenu qu'elle avait été mariée à Saint-Jacques de la Boucherie à Paris, un tel jour, et les registres de cette paroisse ayant été consultés, on y trouva un acte de célébration de mariage de ce jour même, et l'on n'y aperçut point le sien. Qu'on observe encore qu'on demandait à Colette Raquelot la représentation de son propre titre, et non celui de son père et de sa mère. Néanmoins, par arrêt du parlement de Paris, du 7 janvier 1676, sur la foi de sa possession publique, son état fut maintenu, et la donation confirmée. — « Ce qui faisait le plus pour la vérité du mariage (nous dit l'arrêtiste), était la possession dans laquelle l'un et l'autre avaient été pendant un si long temps de la qualité de mari et de femme, au vu et su de tout le monde, et sur-tout la bonne réputation de Dochin, procureur, qui avait toujours passé au palais pour un homme d'honneur, de mérite et de vertu, et duquel par conséquent on ne devait pas présumer qu'il eût vécu pendant trente-sept ou trente-huit ans dans le concubinage, et qu'il fût mort dans cet état ».

Le recueil des *plaidoyers de Le Noble* nous présente l'espèce d'un troisième arrêt du parlement de Rouen, du 11 avril 1683, dans lequel la seule possession d'état servit également de défense à l'enfant sur la non-représentation de l'acte de célébration du mariage de son père et de sa mère. — Bernarde Jourdan avait eu d'un premier mariage avec Laurent Richer, un fils nommé François. Elle avait ensuite contracté un second mariage, dont il était né deux filles. Une de ces filles meurt; la fille de l'autre dispute à François Richer sa part dans la succession de sa sœur, tante de cette fille; et elle se fonde sur ce qu'il ne rapporte point l'acte de célébration du mariage de son père et de sa mère. Voilà (disait Cochin en parlant de cet arrêt, lors de celui de Bourgelat dont il sera question dans l'instant), « voilà précisément la question qui se présente aujourd'hui : des enfans du second lit, qui contestent l'état des enfans du premier lit, parceque le premier mariage n'est point prouvé, et qu'on ne rapporte point l'acte de célébration. Comme c'était la même espèce, les mêmes moyens furent proposés : le fils du premier lit se retrancha dans sa possession, qui faisait présumer le mariage de son père et de sa mère. Sur ces moyens, intervint arrêt au parlement de Rouen, en faveur du fils du premier lit, qui, sans rapporter l'acte de célébration du mariage de son père et de sa mère, fut maintenu, et dans l'état d'enfant légitime, et dans la possession des biens de sa sœur utérine ».

Quatrième arrêt rendu au parlement de Bretagne, le 17 janvier 1692. — Un collatéral attaquait l'état du père et de la mère de la demoiselle Billon par tous les moyens en apparence les plus péremptoires : *point d'acte de célébration de mariage*, point de consentement du père, point d'avis de parens, point de publication de bans; minorité, séduction, en un mot, tout ce que nos lois ont de plus irritant. On se prévalait en outre de plusieurs

Source : BIU Cujas

actes où la femme du sieur Billon avait pris la qualité de *veuve de son premier mari ;* et l'on en concluait que le second mariage était clandestin et nul. — La demoiselle Billon se contenta de dire que ce mariage était public long-temps avant la mort du sieur Billon, et qu'il n'était point dans le cas d'un mariage tenu caché et déclaré seulement *in extremis.* — Par l'arrêt cité, son état fut maintenu, et son adversaire jugé non recevable.

L'arrêt de Miolle n'est pas moins frappant. — François Miolle ayant épousé Marguerite Preslat en Lorraine, vint avec elle en 1644 s'établir à Paris. Il y eut de leur mariage deux enfans ; Michelle Miolle, née le 24 janvier 1645, et Jean Miolle, né le 17 janvier 1646, et décédé en bas âge : l'un et l'autre furent baptisés comme légitimes. En 1677, Michel Miolle épousa Marie de Beaumont : il décéda en 1686 avec une fortune assez considérable, et laissa pour unique héritière une fille mineure, qui mourut en 1689. Cet enfant devait avoir trois sortes d'héritiers : Marie de Beaumont sa mère, quant aux meubles ; François Miolle son aïeul paternel, quant aux propres naissans ; et Antoine Miolle, neveu de celui-ci, quant aux propres anciens. Marie de Beaumont, voyant que les biens échus à François Miolle par le décès de sa petite-fille, passeraient bientôt à des collatéraux, résolut de se les approprier par une voie nouvelle. Comme elle n'ignorait pas l'impossibilité dans laquelle le désordre des guerres dont la Lorraine avait été le théâtre, mettait François Miolle de rapporter l'acte de célébration de son mariage avec Marguerite Preslat, elle lui fit entendre que n'ayant point cet acte, seul capable d'assurer l'état d'un enfant, il était à craindre pour lui qu'il ne fût frustré de la succession de sa petite-fille, si quelqu'un en demandait au roi le don à titre de bâtardise. Elle lui persuada que, pour prévenir cet inconvénient, il fallait qu'il en demandât lui-même le don sous le nom d'un tiers qu'elle lui proposa, et qui en conséquence obtint et fit enregistrer le brevet sans aucune difficulté. Lorsque Marie de Beaumont vit que son projet avait réussi, elle fit donner à François Miolle une assignation à la chambre du trésor, pour se faire maintenir et garder dans la succession de tous les biens meubles et immeubles de sa fille. Le 31 août 1690, elle obtint en ce tribunal une sentence par défaut, qui lui adjugea ses conclusions, *faute par François Miolle d'avoir justifié que Michel Miolle son fils était né en légitime mariage.* Le motif de cette sentence fut, que les biens de Michel Miolle, en le supposant bâtard, n'avaient pu tomber au roi par droit de bâtardise, parcequ'en mourant il avait laissé une fille légitime qui lui avait succédé, et dont le décès rendait Marie de Beaumont, sa mère, héritière nécessaire de ses propres. Cette sentence fut suivie d'un arrêt rendu par expédient au parquet, le 5 avril 1691 : mais François Miolle n'y avait pas donné son consentement ; il n'avait même pas interjeté d'appel, ni constitué procureur. Après la mort de Marie de Beaumont, Antoine Miolle, neveu de François Miolle, interjeta appel de la sentence de la chambre du trésor, et demanda d'être reconnu pour héritier aux propres anciens de la fille de Michel Miolle. Sa qualité dépendait de la question de savoir si François Miolle et Marguerite Preslat, père et mère de ce dernier, avaient contracté un véritable mariage : il rapportait, pour le prouver, treize actes qui leur donnaient les titres de mari et de femme, et à Michel Miolle celui d'enfant légitime. M. l'avocat général de Lamoignon, qui porta la parole dans cette cause, conclut à ce qu'avant faire droit, les registres de la paroisse de Saint-Mihiel en Lorraine, où était née Marguerite Preslat, fussent compulsés, ou qu'il fût vérifié qu'ils étaient perdus. Mais par un premier arrêt du 31 mars 1710, la cause fut appointée au conseil, et par un autre du 15 juin 1711, rendu au rapport de M. Menguy, Antoine Miolle a été maintenu et gardé dans la propriété de tous les biens qu'il réclamait ; et par-là, il a été jugé que la longue possession suffit pour faire présumer la Légitimité, lorsqu'il y a une impossibilité morale de découvrir la paroisse où le père et la mère se sont mariés. — Cet arrêt est rapporté fort au long dans le Journal des audiences.

Tout le monde connaît le fameux arrêt de Barthélemi Bourgelat, fils de Pierre Bourgelat, Lyonnais, et d'une demoiselle italienne ; arrêt qui a donné lieu au plaidoyer déjà cité du célèbre Cochin, l'un de ceux qui ont le plus contribué à affermir dans notre jurisprudence le rempart inviolable de tous les enfans légitimes privés de l'acte de célébration de mariage de leur père et de leur mère, contre la rapacité des collatéraux. — A la vérité, Barthélemi Bourgelat avait pour lui un acte de baptême, et le testament de sa mère, qui donnait à son père le titre de mari : mais, d'une part, on ne rapportait pas l'acte de célébration de mariage de son père et de sa mère ; on ne pouvait pas même indiquer dans quelle ville d'Italie il avait été célébré, quoiqu'il n'eût vu et connu la demoiselle Caprioli, sa femme, qu'à Rome, et que l'on connût la date précise de son retour en France ; ce qui mettait pleinement à portée de compulser les registres de paroisse de Rome pour les temps antérieurs. D'un autre côté, on opposait à Barthélemi Bourgelat deux faits accablans. — Le premier était, que « le recteur de l'hôtel-dieu du Pont-du-Rhône, chargé du *cas fortuit*, ayant appris qu'il y avait une demoiselle à la Croix-Rousse, qui y était enceinte, il s'y transporta...., lui dit de lui déclarer du fait de qui elle était enceinte ; ce qu'elle ne voulut faire alors ; et le déposant voulant la faire conduire à l'hôtel-dieu, suivant l'usage, et étant près d'entrer dans Lyon, elle lui déclara qu'elle était mariée avec le sieur Pierre Bourgelat.... Elle lui remit son contrat de mariage : en ayant lu quelque chose, cela le persuada que cette femme était véritablement femme du sieur Bourgelat, et la renvoya chez elle,

Source : BIU Cujas

estimant que ledit contrat était écrit en italien ». — *Il la renvoya chez elle.* Ainsi, cette femme était venue volontairement du faubourg de la Croix-Roussse jusqu'à la porte de Lyon (espace d'environ une demi-lieue), pour être conduite à l'hôtel-dieu comme une fille impudique, sans aucune résistance de sa part, sans aucune réclamation. — Le second fait était bien plus grave encore. Barthelemi Bourgelat était entré dans les gardes du roi. Le 10 septembre 1714, le maréchal de Villeroi, gouverneur de Lyon, détermine son père à lui faire une pension; mais quelle pension! « Je m'oblige (porte la promesse remise par Pierre Bourgelat à M. le maréchal), de payer ou faire payer par mes héritiers ou autres personnes *à Barthélemi Bourgelat*, MON FILS NATUREL, une pension viagère et alimentaire de 400 livres pendant sa vie, pour son entretien et sa subsistance; *à quoi je m'engage, par la seule affection que j'ai pour ledit Bourgelat, mon fils naturel* ». — Le même jour, Barthélemi Bourgelat souscrit un acte, par lequel il déclare qu'ayant eu connaissance de la grace que le sieur Bourgelat, *son père naturel*, vient de lui faire, il l'accepte et le remercie de ce qu'il a bien voulu, par bonté et pour fournir à ses alimens, lui donner une pension viagère de 400 liv., *quoiqu'il n'y fût pas obligé;* au moyen de quoi il ne prétend rien contre lui ni contre ceux qui lui succèderont, soit par testament ou autrement, *ayant*, y est-il dit, *une entière connaissance de ma naissance et de mon état.* — Il confirma cet écrit, pendant un grand nombre d'années, par les quittances de sa pension qu'il donnait tous les ans, sans aucune réserve — Nonobstant des faits de cette gravité, mais d'après le principe certain que personne ne peut préjudicier à son état par ses reconnaissances, parceque notre état n'appartient pas à nous seuls, un premier arrêt du 10 juin 1727 admit sa veuve, tutrice de ses enfans, à la preuve des faits de possession d'état qu'elle articulait; et un second arrêt du 12 août 1729 adjugea aux enfans de Barthélemi Bourgelat la succession de leur aïeul (1).

Si la seule possession d'état assure la Légitimité des enfans dans toutes les circonstances semblables à celles des arrêts que nous venons de rapporter, à plus forte raison doit-elle produire le même effet lorsqu'elle est jointe à un acte qui énonce le mariage et qu'on ne peut pas raisonnablement suspecter. C'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante. — Jeanne Billon prétendait que Jean Billon, son père, avait épousé Jeanne Rotier, sa mère, et que le mariage avait été célébré en 1664 dans la paroisse de Montjean, province du Maine. Elle rapportait, pour le prouver, une sentence par défaut de l'official de Rennes, qui, sur les plaintes de Jeanne Rotier, ordonnait à Jean Billon de retourner et de vivre avec elle, *comme gens canoniquement mariés.* Cette sentence énonçait un acte de célébration de mariage : le mari en avait d'abord appelé; mais il l'avait ensuite approuvée par deux déclarations solennelles. Après la mort des deux époux, des parens collatéraux contestèrent l'état de leur fille. Leurs moyens consistaient à dire : 1° point d'acte de célébration, point de preuve que les registres de la paroisse de Montjean soient égarés ou brûlés, mais une simple énonciation dans une sentence par défaut, qui ne prouve rien : 2° les déclarations du mari ne sont pas suffisantes pour réaliser un mariage qui n'existe pas. Jeanne Billon répondait que la possession dans laquelle son père et sa mère étaient morts, en conséquence de la sentence de l'official, devait faire présumer le mariage, et que cette présomption se convertissait en preuve à la vue de l'énonciation de l'acte du mariage contenue dans la même sentence. Par arrêt du 17 janvier 1692, Jeanne Billon a été maintenue dans son état de fille légitime, et dans la propriété des biens qu'on lui disputait.

Voici un arrêt plus récent, qui a jugé la même chose. — Il s'agissait de l'état des enfans du sieur Potier, seigneur de Sévis, dans le pays de Caux, *encore vivant*, et de la veuve du marquis de Carraccioli, décédée en 1742. — On ne représentait point d'acte de célébration, et on n'osait pas même articuler, soit la perte, soit l'altération des registres de la paroisse de Sévis, où l'on prétendait que s'était donnée la bénédiction nuptiale. Mais on rapportait des actes qui prouvaient une possession de Légitimité. 1° C'était le sieur Potier lui-même qui avait présenté les enfans comme légitimes, pour être baptisés. 2° Un de ces enfans avait été nommé par M. de M., ministre d'état, et par madame de M., veuve d'un président à mortier du parlement de Toulouse; et l'on soutenait qu'il n'était pas permis de croire que des personnes aussi distinguées eussent voulu se rendre complices d'une union criminelle, et protéger la débauche. 3° Une foule de lettres écrites dans un temps non suspect, attestaient que le sieur Potier avait reconnu la veuve Caraccioli pour son épouse légitime. 4° Celle-ci avait formé en 1736 une demande en séparation de corps. 5° Elle avait été enterrée, en 1742, comme épouse légitime du sieur Potier, qui même avait signé l'acte mortuaire. 6° Enfin le sieur Potier, qui était partie dans la cause, soutenait que ses enfans étaient les fruits d'un mariage bien et valablement contracté. — A ces actes de possession, la seconde femme du sieur Potier, qui attaquait l'état des enfans, pour faire crouler une démission de biens faite à leur avantage et à son préjudice, en opposait de contraires et de très frappans. 1° Ce n'est point à Sévis, disait-elle, paroisse du domicile des parties, que l'aîné des enfans a été baptisé. On avait éprouvé des difficultés de la part du curé de cette paroisse sur l'énonciation de la Légitimité. On prit la précau-

(1) Denizart date cet arrêt du 20 juillet 1728; c'est une erreur: le plaidoyer de Cochin nous apprend que le 31 août 1728, la cour ne pensait pas encore à juger le fond, et donnait seulement une provision à la veuve.

Source : BIU Cujas

tion de porter cet enfant dans une paroisse voisine, au village de Longueil, qui est à quelques lieues de Sévis, parceque l'ignorance du curé et des habitans favorisait le concert de fraude que l'on commençait dès-lors à former. Le parrain et la marraine étaient des gens obscurs qui n'avaient pris dans cet acte aucune qualité. 2° Ce n'est pas non plus à Sévis que le second enfant a été baptisé, mais à Rouen. L'acte baptistaire ne fait pas mention du jour ni du lieu de la naissance. Il ne dit pas par qui le baptême a été administré; il n'est pas même signé par un prêtre; il ne porte d'autre signature que celle de Sévis. On y trouve, à la vérité, deux marques qu'on suppose être celles du parrain et de la marraine, mais il n'y est pas fait mention qu'ils eussent déclaré ne savoir point signer. 3° Il est vrai que le troisième enfant a été baptisé à la paroisse de Sévis, mais il l'a été avec des précautions qui n'étaient pas moins suspectes. Le baptême s'est fait sans aucun témoin, il a été administré, non par le curé, mais par un chanoine étranger qu'il avait été facile de tromper, ou qui peut-être était dévoué au sieur Potier. 4° Le curé de Sévis s'étant aperçu que le chanoine avait donné à ce troisième enfant la qualité de légitime, a réformé l'acte, et a déclaré que l'enfant était bâtard. 5° Il existe des lettres dans lesquelles les parens du sieur Potier qualifient ses enfans de *ses prétendus fils*. 6° Lors de l'inventaire fait après le décès de la dame Caraccioli, sa famille ne lui a donné d'autre qualité que celle de la femme du sieur Caraccioli. 7° L'intitulé de cet inventaire rappelle tous les héritiers, ceux même qui étaient absens, et il ne fait nulle mention des enfans. On ne reconnaissait donc pas alors ces enfans pour légitimes. 8° Le sieur Potier en se mariant, après la mort de la dame Caraccioli, n'a pas pris la qualité de *veuf*, mais seulement celle de majeur; il a traité dans le contrat de mariage comme un homme qui n'avait pas d'enfans; il y a fait à sa femme un douaire, un préciput et une donation que l'édit des secondes nôces aurait rendus excessifs, s'il eût existé précédemment un mariage entre lui et la dame Caraccioli. — De tous ces actes, la dame Potier concluait que les enfans de son mari étaient bâtards; et elle répondait aux actes contraires, que les uns avaient été dictés par l'intérêt, et les autres donnés à l'honnêteté et aux circonstances. — Par arrêt rendu au parlement de Paris, le 16 janvier 1772, sur les conclusions de M. Vergès, avocat général, la dame Potier fut déclarée non recevable dans sa demande en déclaration de bâtardise, et les enfans de son mari ont été confirmés dans leur état de Légitimité.

[[Le 22 Juin 1774, Léonard Robin présente au baptême un enfant qu'il déclare être né de lui et de *Marie-Orlique Fauchet, son épouse*, et il signe l'acte baptistaire. Deux autres enfans, nés depuis, sont également baptisés sur sa déclaration, comme fils et de *Marie-Anne-Aurélie Fauchet, son épouse*, et meurent en bas âge. Marie-Anne-Aurélie Fauchet meurt en 1779, et elle est inhumée avec la qualité de *fille majeure*. — En l'an 5, le sieur Robin épouse la demoiselle Aubourg; et le 17 messidor an 10, il meurt ne laissant aucun enfant de ce mariage. — Après son décès, les scellés sont apposés *pour la conservation des droits de Louis-Léonard Robin, absent, fils et unique héritier du défunt*: ce sont les termes du procès-verbal du juge de paix. A ce procès-verbal intervient Léonard-François Robin, oncle paternel de Louis-Léonard, lequel, à la seconde vacation, déclare que Louis-Léonard Robin *absent, est majeur, qu'il est sur le point d'arriver d'après l'avis que lui-même lui a donné de la mort de son père, et que croyant que pour l'intérêt de cet héritier, on doit s'en rapporter à lui oncle paternel, il offre de se rendre responsable des effets tant en son nom, qu'en celui de la veuve*. Le juge de paix n'en continue pas moins son operation, et il laisse les scellés sous la garde de Léonard-François Robin. — Le 25 messidor suivant, celui-ci requiert la levée des scellés, comme *fondé de pouvoirs de la veuve et de Louis-Léonard Robin, seul fils et unique héritier de Léonard Robin son père*. Mais bientôt après, Léonard-François et les autres frères et sœurs du défunt se réunissent pour contester à Louis-Léonard Robin sa qualité de fils légitime. — Jugement du tribunal de première instance de Paris qui maintient le jeune Robin dans la possession d'état d'enfant légitime de Léonard Robin et de Marie-Orlique Fauchet, et dans la qualité qui en résulte de seul héritier du premier. — Sur l'appel, arrêt de la cour de Paris du 16 germinal an 12, qui confirme ce jugement. — Recours en cassation.

Contravention aux ordonnances de Blois et de Moulins, à la déclaration du 26 novembre 1639, à la loi du 20 septembre 1792, et aux lois romaines, tels étaient les moyens de cassation des demandeurs. — Ces lois, disaient-ils, exigent pour la preuve du mariage, la représentation de l'acte de célébration, ou à défaut de cet acte, la preuve de la possession publique de l'état d'époux. — Et d'abord, il est certain que la Légitimité des enfans dépend absolument du mariage de leur père et de leur mère: *filium eum definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur*, dit la loi 6, D. *de his qui sui vel alieni juris sunt*. — L'enfant qui prétend à la Légitimité, doit donc commencer par prouver le mariage de ses parens; il ne peut pas suppléer à cette preuve par l'acte seul de sa naissance, parceque cet acte n'annonce que *le fait seul de la naissance*, et que la loi ne le destine pas à en attester la Légitimité. — Si la loi eût voulu donner à l'acte de naissance considéré en soi, la force de constater la Légitimité, elle l'eût dit: elle eût exigé des officiers chargés de recevoir ces actes, les précautions les plus sévères pour s'assurer de la vérité des déclarations; tandis qu'au contraire, la déclaration du 12 mai 1782 veut que ces officiers insèrent aveuglément dans les actes de naissance, les déclarations qui leur sont faites, sans se permettre d'y rien ajouter ni diminuer; et que même aucune loi ancienne ni moderne n'exige d'eux qu'ils fas-

Source : BIU Cujas

sent mention si l'enfant qu'on leur présente, est légitime ou non. — A la vérité, les arrêts ont jugé, que l'enfant dont les père et mère étaient décédés, n'était pas toujours astreint à rapporter l'acte de célébration de leur mariage; et qu'on pouvait, en certains cas, se contenter de l'acte de naissance soutenu par la preuve de la possession des père et mère, de l'état d'époux; mais cette jurisprudence que les circonstances ont pu faire quelquefois tolérer, et que jamais on n'a pu convertir en principe général, cette jurisprudence eût-elle même acquis force de loi, il en résulterait encore pour l'enfant qui se prétend légitime, l'obligation de fournir, à défaut de l'acte de célébration du mariage de son père et de sa mère, la preuve que ceux-ci ont eu la possession publique de l'état d'époux. — L'arrêt attaqué aurait donc fait une fausse application de cette jurisprudence, en donnant à la possession d'état personnelle à l'enfant, les mêmes effets qu'à celle des prétendus époux.

Robin fils répond : « il ne s'agit pas d'une question d'état élevée entre époux, mais bien d'une question d'état d'enfant légitime élevée entre cet enfant et des collatéraux; or, les lois qu'on oppose, ne sont applicables qu'au premier de ces cas et sont étrangères au second : dans celui-ci, la possession personnelle de l'enfant est suffisante; et je prouve la mienne par mon acte de naissance, par ceux de la naissance de mes deux frères en tout conformes au mien, par l'acte de décès de l'un de ces deux frères, par les soins que j'ai reçus du sieur Robin mon père, sans interruption et à titre de paternité, par la reconnaissance formelle de la dame veuve Robin, et celle de mes oncles, non seulement pendant la vie du sieur Robin, mais même à l'époque de son décès; enfin par la notoriété publique reconnue en fait par les juges. Mon état est tellement indestructible, que mon père même n'aurait pu l'altérer par des déclarations contraires à celles par lesquelles il m'avait lui-même imprimé le caractère d'enfant légitime. — En vain voudrait-on faire regarder comme insuffisante la possession personnelle de l'enfant légitime, s'il n'y joint la preuve que son père et sa mère jouissaient de la possession publique et constante d'époux; aucun des arrêts qui ont fixé la jurisprudence en cette matière, ne suppose cette seconde obligation. Si la nécessité de remonter ainsi jusqu'aux titres de ses auteurs est une fois admise, (disait Cochin dans la discussion qui a précédé le plus célèbre de ces arrêts), cela n'aura plus de bornes..... *L'autorité des titres personnels à l'enfant et leur exécution prouvent par elles-mêmes l'existence des titres de ses auteurs, quoiqu'ils ne soient pas rapportés.* — Les lois romaines invoquées par les demandeurs, sont étrangères à l'espèce; elles n'ont d'ailleurs jamais eu d'autorité législative dans le lieu de ma naissance et de la mort de mon père. — Enfin les juges de première instance et d'appel ont prononcé affirmativement sur le fait de ma possession d'état d'enfant légitime; et sous cet aspect, l'arrêt, rendu uniquement sur des questions de fait, est par cela seul à l'abri de la cassation ».

Par arrêt du 8 janvier 1806, au rapport de M. Boyer, « attendu que ce serait déplacer les dispositions des ordonnances de Blois et de Moulins, ainsi que de l'ordonnance de 1667, relatives aux preuves de mariage, que d'appliquer ces mêmes dispositions aux preuves de la filiation des enfans légitimes; que si, en principe général, la Légitimité d'un enfant ne peut résulter que du fait ou de la présomption légale du mariage de ses père et mère, si la morale publique est même intéressée au maintien de ce principe, néanmoins il était reconnu dans l'ancienne jurisprudence que, l'enfant réclamant après le décès de ses père et mère la qualité d'enfant légitime, n'est pas rigoureusement tenu de rapporter l'acte de la célébration du mariage de ces derniers, lorsque sa qualité de fils légitime paraît d'ailleurs suffisamment établie par son acte de naissance joint à sa possession publique de cette qualité; que, dans l'espèce, le sieur Robin a rapporté, d'une part, son acte de naissance dans lequel il est qualifié de fils de Léonard Robin et de Marie-Orlique Fauchet, son épouse; que d'autre part, les premiers juges ont déclaré en fait que ledit Robin avait eu la possession publique de l'état de fils légitime, déclaration qui a été confirmée par les juges d'appel; — Que quoique les juges ne puissent être trop circonspects sur la nature et la qualité des preuves qu'ils admettent comme établissant la possession d'état, quoiqu'il soit de leur devoir de ne reconnaître cette possession, qu'autant qu'elle est publique, non contestée par les ascendans en ligne directe et qu'elle n'est pas contredite sur-tout par des faits distinctifs de celui du mariage prétendu des père et mère, cependant les juges ayant encore une fois déclaré, d'après les actes du procès, que Robin avait constamment joui de la qualité de fils légitime, même dans la famille du sieur Léonard Robin son père, la discussion de ce point de fait et l'examen des preuves y relatives ne sont pas du domaine de la cour de cassation; — La cour rejette... ».]]

M. le chancelier d'Aguesseau, qui portait la parole dans la première des trois causes dont nous venons de rendre compte, a établi dans son plaidoyer du 17 janvier 1692, une maxime dont on peut faire un grand usage dans ces sortes de questions : — « Nous croyons, disait ce magistrat, qu'on doit examiner un mariage d'une manière bien différente, lorsqu'il s'agit de prononcer sur la validité de l'engagement par rapport aux contractans mêmes, et lorsqu'on l'envisage par rapport à l'état des enfans. On ne saurait apporter trop d'attention à suivre exactement, et même avec scrupule, les règles qui nous sont prescrites et par les canons et par les ordonnances. Un juge peut trembler avec raison lorsqu'il considère qu'il va peut-être, ou rompre des nœuds que la main de Dieu même a formés, ou confirmer les parties dans un engagement criminel, et donner à une conjonction illicite le titre honorable de mariage. Mais lorsque la mort a rompu cet engagement, quoiqu'il faille en-

Source : BIU Cujas

core observer les maximes de l'église et de l'état, on peut s'attacher moins rigoureusement aux formalités, pour prononcer en faveur de la possession, la loi la plus sûre et la plus inviolable lorsqu'il s'agit de régler l'état des parties».

IV. Parmi les preuves qu'on rapporte ordinairement de cette possession, l'extrait baptistaire tient, sans contredit, le premier rang. Chez presque tous les peuples chrétiens, la politique a joint à l'acte le plus essentiel pour la religion, l'acte le plus important à l'existence temporelle. Tel est l'objet de cette législation précieuse qui a voulu consigner dans les dépôts publics le nom, l'âge et l'état des citoyens; qui a joint au sacrement le procès-verbal par lequel devait être assurée à chacun sa place dans la société civile. C'est par ces registres, disait le célèbre Cochin, qu'on fait son entrée dans le monde; c'est à la faveur de ce passeport, qu'on peut être admis et reçu dans une famille. La loi veut, disait-il dans une autre occasion, qu'on donne une foi entière à ces registres, comme dépositaires de l'état des hommes. Le ministre de l'église, qui tient les registres, est comme officier public en cette partie; et son acte a autant d'autorité en justice, que la sentence rendue par un juge, ou un contrat passé devant un notaire.

Mais il se présente deux questions bien importantes, l'une sur la forme, l'autre sur le fond de ces sortes d'actes : — La première, si le mot *légitime*, en parlant de l'enfant qu'on baptise, ou les termes *mari* et *femme*, en parlant de son père et de sa mère, ou d'autres expressions équivalentes, sont nécessaires dans un acte de baptême, pour qu'un tel acte forme un titre de Légitimité; — La seconde, si un acte de baptême qui contient tout ce qu'il faut pour former un pareil titre, suffit, seul et sans le secours d'une possession conséquente à ce titre, pour dispenser l'enfant baptisé de rapporter la preuve du mariage de son père et de sa mère.

V. La première question n'est susceptible d'aucune difficulté. — Nous ne connaissons en France que trois ordonnances qui se soient occupées de régler les formalités qu'on doit suivre dans la rédaction des actes baptistaires, l'ordonnance de 1539, celle de 1667, et la déclaration de 1736.

L'ordonnance de 1539, art. 5, ne dit autre chose, si ce n'est qu'il «sera fait registres en forme de preuve des baptêmes, qui contiendront le temps et l'heure de la nativité». Le législateur n'avait pour objet dans cette ordonnance, que de fixer l'époque de la naissance, pour constater l'âge; et c'est le motif pour lequel il voulait qu'on fît mention dans les baptêmes, du temps et même de l'heure à laquelle les enfans étaient nés : c'est ce qui lui fait aussi borner la preuve résultante de l'extrait baptistaire, à celle de la majorité de l'enfant désigné par l'acte. — Mais les vues de la loi se sont étendues à mesure que la raison s'est perfectionnée. On a senti que ce n'était pas seulement à constater l'âge des enfans que les registres de baptême étaient destinés, mais qu'ils devaient servir encore de titre et de preuve à leur état. L'ordonnance de 1667 a donc établi qu'on ferait mention dans les actes de baptême, du jour de la naissance, et qu'on y nommerait l'enfant, le père et la mère, le parrain et la marraine. — Cette ordonnance ajoute infiniment, comme on voit, aux dispositions de celle de 1539; mais observez qu'elle ne prescrit point l'obligation de donner à l'enfant la qualité de légitime : tout ce qu'elle exige, c'est qu'on le nomme.

La déclaration de 1736 est venue ensuite : elle a eu pour objet, ainsi que le législateur s'en est expliqué lui-même dans le préambule, d'assurer, d'une manière plus invariable encore, les preuves de l'état des hommes. Cette déclaration, ouvrage de M. le chancelier d'Aguesseau, est composée de quarante-deux articles. Plusieurs concernent uniquement la forme dans laquelle les actes de baptême doivent être rédigés. Cependant M. d'Aguesseau n'a pas cru devoir ajouter aux précautions prises à cet égard par l'ordonnance de 1667. L'art. 4 de la déclaration de 1736 répète littéralement les dispositions de cette ordonnance : tout ce qu'il prescrit de plus, c'est la signature de ceux qui se trouvent présens à l'acte au moment de sa rédaction; mais il n'y est pas dit un seul mot de la nécessité de donner à l'enfant la qualité de légitime.

Il n'était même guère possible que cette idée pût venir à M. d'Aguesseau. Personne en France n'avait plus de connaissance que lui des dispositions des lois romaines; on en retrouve les principes dans tous les plaidoyers qu'il a prononcés, et dans les autres ouvrages qu'il a écrits. On les retrouve surtout dans toutes les lois qu'il a rédigées. Sa science, profonde en ce genre, n'était pas équivoque. M. d'Aguesseau n'ignorait donc pas que la novelle 117 de l'empereur Justinien avait établi que toutes les fois qu'un père aurait appelé un enfant du nom de son fils ou de sa fille, dans quelque acte que ce pût être, et qu'il n'aurait pas ajouté le mot *naturel*, on devrait regarder par cela seul cet enfant comme légitime, et le faire jouir de tous les droits que ce titre pouvait lui assurer.

Voici comment s'exprime cette novelle : « nous avons jugé à propos de statuer que si quelqu'un ayant un fils ou une fille d'une femme libre, avec laquelle il peut exister un mariage légitime, déclare, ou dans un acte écrit, soit de la main d'un officier public, soit de la sienne, et muni de la souscription de trois témoins dignes de foi, ou dans son testament, ou dans les actes publics, qu'un tel ou une telle est son fils ou sa fille, et n'ajoute pas le mot *naturel*, de tels enfans sont légitimes; qu'on ne peut leur demander aucune autre preuve; et qu'ils doivent jouir de tous les droits que nos lois confèrent aux enfans légitimes. *Ad hoc autem et illud sancire perspeximus, ut si quis filium aut filiam habens de liberâ muliere cum quâ nuptiæ consistere possunt, dicat in instrumento, sive publicâ, sive propriâ manu conscripto et habente subscriptionem trium testium fide dignorum,*

Source : BIU Cujas

sive in testamento, sive in gestis monumentorum, hunc aut hanc filium suum esse aut filiam, ET NON ADJECERIT NATURALEM, *hujusmodi filios esse legitimos*, ET NULLAM ALIAM PROBATIONEM AB IIS QUÆRI, *sed omni frui eos jure quod legitimis filiis nostræ conferunt leges* ».

La loi attache ici, comme on voit, la Légitimité à la qualité seule de fils ou de fille d'un homme et d'une femme qui sont tous deux libres, *cum quâ nuptiæ consistere possunt*. Elle n'exige point que cette qualité soit accompagnée du mot *légitime*; elle veut au contraire que, par cela seul que l'enfant n'est pas nommé enfant naturel, il soit réputé légitime de droit. — Observez bien que ce n'est pas ici une loi romaine, faite dans un temps où le paganisme régnait dans Rome; c'est une loi faite par un empereur chrétien, c'est une novelle. — Or, c'est l'esprit de cette novelle, qu'on n'a pas abrogée parmi nous, qui a pénétré dans nos ordonnances. Elles n'ont pas voulu exiger qu'on donnât à l'enfant qui serait baptisé, la qualité de fils légitime, par la raison qu'elles ont regardé cette qualité comme acquise toutes les fois que la mention de l'illégitimité ne serait pas formelle, *si non adjecerit naturalem*. Elles se sont bornées à ordonner qu'on nommât l'enfant, le père, la mère, le parrain et la marraine; voilà tout ce qu'elles prescrivent (1). — Tout acte où se trouvent les noms que la loi demande, est donc un acte conforme à ses vues. On n'a pas besoin d'observer d'autres formalités; la loi n'en exige pas d'autres.

Nous savons que, dans l'usage, on ajoute communément aux noms des enfans la qualité de fils légitime; mais cet usage, qu'on ne doit regarder que comme une précaution superflue, ne peut pas faire qu'un acte où manque cette qualité, ne soit pas un acte légal. Personne n'a le droit d'ajouter aux dispositions de la loi, encore moins d'ériger en lois obligatoires des usages purement facultatifs. Il suffit que nos ordonnances n'aient pas prescrit d'insérer dans les actes baptistaires le mot *légitime*, pour que l'omission de ce mot ne puisse pas porter atteinte à la légitimité des enfans. — Il y a d'ailleurs des qualifications particulièrement consacrées à l'illégitimité, comme *né des œuvres d'un tel et d'une telle*, *né de père inconnu*, *né de père et de mère inconnus*. Ce n'est qu'autant que ces qualifications se trouvent dans les actes baptistaires, qu'on peut regarder les enfans comme illégitimes: mais tous les actes où ces qualifications ne sont pas insérées, et où l'on a consigné les noms de l'enfant, du père, de la mère, du parrain et de la marraine, emportent nécessairement, et par la force de la loi, la Légitimité avec eux.

Au surplus, toutes les fois que cette question particulière s'est présentée dans les tribunaux, elle a toujours été jugée conformément à ces principes.

On l'agita entre autres, en l'année 1753, au parlement de Toulouse. — Isaac Combes, né en Hollande, avait été baptisé sous le nom de fils d'Etienne de Combes et d'Elisabeth Puch; on avait omis le mot *légitime* dans l'acte baptistaire. Le syndic de l'hôpital de Nîmes argumentait contre lui de l'insuffisance de son titre, et de ce qu'il ne rapportait point l'acte de célébration du mariage de son père et de sa mère. Il s'opposait, sous ce prétexte, à la demande qu'Isaac Combes avait formée contre l'hôpital, en délaissement des biens de sa famille: mais, par arrêt du 13 septembre 1753, rendu à la première chambre des enquêtes, au rapport de M. Maran, le syndic fut condamné au délaissement.

Tout récemment même, le parlement de Paris a eu occasion de rendre un arrêt semblable. — Le nommé Dufour avait été baptisé dans l'église de Saint-Michel de Montant, sous le nom de Pierre Dufour, *fils de Guillaume, consul dudit Montant, et de Judith de Negrier*: il n'était pas dit dans l'acte que le père et la mère fussent mariés, ni que l'enfant fût legitime, et le père n'était pas présent. Cependant par arrêt rendu le 31 juillet 1782, à la première chambre des enquêtes, il a été jugé que Pierre Dufour était légitime.

Mais il n'y a pas d'arrêt plus remarquable sur cette question, que celui qui a été rendu au parlement de Provence, le 27 mars 1738, sur les conclusions de M. de Gueidan, avocat général. En voici l'espèce, telle que nous l'avons extraite du plaidoyer de ce magistrat.

La nommée Perrin avait été baptisée à Marseille le 2 juillet 1700, et son acte baptistaire était conçu en ces termes: « aujourd'hui a été baptisée Thérèse Perrin, fille de François, et de Marguerite Espagnet. Le parrain a été Jean Lombardon, et la marraine, Thérèse Olivier, qui n'ont su signer. Le père absent. *Signé* Carbonel, prêtre ». — Au sortir des fonts (c'est M. de Gueidan qui remarque cette circonstance), Thérèse Perrin est portée dans la maison d'Antoine Laugier, bourgeois de Marseille, et y est élevée sous ses yeux. Ainsi, point de possession pour elle par son père et sa mère. — En 1716, Laugier fait un testament, dans lequel il s'exprime ainsi: « je lègue à la demoiselle Thérèse Perrin, fille à feu sieur Perrin, de Lyon, mon bon ami, la même qui a été élevée dans ma maison, et qui est actuellement pensionnaire dans un couvent de religieuses à Grenoble, le mas appelé des Tourres, et toutes les terres qui en dépendent au terroir d'Arles..... ». Il institue ensuite un héritier; et, à la fin de son testament, il recommande à cet héritier d'épouser Thérèse Perrin. — Quelque temps après, Laugier fait sortir Thérèse Perrin du couvent, la marie avec Jean-Baptiste Meffrein, lui donne dans le contrat de mariage le nom de fille de feu François Perrin et de Marguerite Espagnet, y prend lui-même le titre de son oncle, et lui fait donation, par cet acte, d'une somme de 20,000 livres. — Sept ans après, et le 12 juillet 1730, Laugier fait un dernier testament,

(1) [[L'art. 58 du Code Napoléon n'exige également rien de plus à cet égard. *V. Naissance (Acte de)*.]]

Source : BIU Cujas

dans lequel, après avoir fait quelques fondations dans la ville d'Arles, il institue pour son héritier général et universel, Jacques Meffrein, fils de Jean-Baptiste et de Thérèse Perrin. — Il meurt dans cette volonté le 23 janvier 1731. En 1737, le nommé Estrivier, neveu de Laugier, se pourvoit au parlement de Provence, et demande la cassation de l'institution universelle que Laugier avait faite en faveur de Jacques Meffrein, sur le fondement que Thérèse Perrin, sa mère, était la bâtarde adultérine du testateur. — Voici maintenant comment s'exprimait M. de Gueidan :

« Thérèse Perrin prouve sa naissance légitime par l'acte de son baptême, par le contrat et par l'acte de la célébration de son mariage. La vérité de toutes ces pièces n'est pas contestée ; elles sont en effet revêtues de toutes les formalités. Que demande-t-on après cela, et qu'y aura-t-il d'assuré au monde, si l'état de Thérèse Perrin ne l'est pas » ?

Ce magistrat vient ensuite aux objections que l'on pourrait faire contre l'état de Thérèse Perrin :

« L'extrait baptistaire est le fondement sur lequel porte tout l'édifice ; aussi a-t-on grand soin de le relever. Au fond, il n'y eut jamais de preuve plus informe. Ni François Perrin, le père prétendu de la fille, ni aucun autre parent, ne paraissent présens à cette cérémonie, comme il est d'usage. On n'y donne point à cette enfant la qualité de légitime et naturelle. Il ne paraît point que François Perrin l'ait jamais reconnue. On ne spécifie ni le lieu de son domicile, ni sa profession, ni sa patrie ; on ne dit pas même qu'il soit marié avec Marguerite Espagnet : l'acte de ce mariage ne se montre point. Tant d'omissions et d'irrégularités sur un point aussi capital, vont jusqu'à faire douter si François Perrin a jamais existé, si ce n'est point ici un fantôme dont Laugier s'est fait un voile pour couvrir sa turpitude, et donner un état honorable au malheureux fruit de sa débauche. Mais quelque ingénieuses que soient les passions, et quelques précautions qu'elles prennent pour se cacher, elles laissent toujours après elles quelque trace de lumière qui les décèle. Dans l'acte de la célébration du baptême de Thérèse Perrin, Laugier cache adroitement le lieu du domicile du père prétendu ; ensuite, oubliant cette sage précaution, il assure dans l'acte du mariage de la Perrin, que cet homme était de Marseille. Et comme le mensonge n'est pas long-temps d'accord avec lui-même, une autre fois, c'est dans son testament du 4 mai 1716, il nous dit que François Perrin était natif de Lyon. C'était son bon ami ; il le qualifie ainsi lui-même. Comment a-t-il oublié sitôt le lieu de sa naissance et de son domicile ? Sans doute que tout occupé des grands devoirs du cœur, nous ne disons pas de l'amour, mais de l'amitié, il a négligé ces mêmes circonstances. Dans ce cas et parmi tant d'irrégularités, Estrivier n'est-il pas en droit de rejeter le baptistaire qu'on lui oppose ? — Mais que l'on conserve à cet acte toute sa force, Thérèse Perrin n'en conclura jamais rien pour son état. Il atteste le jour de sa naissance ; qu'il lui serve d'époque pour fixer son âge, à la bonne heure : mais il ne fait mention ni de sa filiation, ni de son état légitime, ni du mariage de son père ; il lui est donc inutile à tous ces égards. La loi veut bien que celui-là soit tenu pour le vrai père, qui paraît l'être par son mariage ; mais elle ne donne point le même privilège aux extraits baptistaires. C'est l'observation de Danty, dans son commentaire sur l'art. 55 de l'ordonnance de Moulins, vers la fin de son *Traité de la preuve par témoins*. — Ce sentiment est conforme à la loi *non nudis*, selon laquelle il ne suffit pas à celui qui voudra être reconnu fils légitime et naturel de tel ou telle, de montrer qu'ils l'ont ainsi qualifié dans quelque acte, si de plus il ne justifie, par les voies ordinaires, que ceux qui l'ont ainsi qualifié, étaient unis par un légitime mariage ; parceque, comme dit la même loi, il n'y a que deux moyens pour prouver la filiation légitime, le mariage ou l'adoption. Toute autre voie est insuffisante, quand ce serait même une déclaration et une reconnaissance expresse de toutes les parties intéressées. La raison en est évidente : la religion et la république ont trop d'intérêt à l'état et à la condition des personnes, pour les faire dépendre du caprice ou de la mauvaise foi. — Ici, les circonstances sont encore plus décisives contre Thérèse Perrin. Nulle déclaration de son père et de sa mère, nul acte de leur part où elle soit qualifiée leur fille, nul parent qui la reconnaisse, nul qui assiste à son baptême ni à son mariage : ce sont tous des inconnus ; le seul Laugier se trouve par-tout et pourvoit à tout, il tient lieu de tout. A la vérité, ce serait une voie bien commode pour légitimer des bâtards ; il n'y aurait qu'à imaginer, feindre, supposer des parens, et donner à ceux-ci tel état qu'on voudrait. On ne se joue pas ainsi des lois ni de l'honnêteté publique. — Mais ce raisonnement, tout spécieux qu'il paraît, aura-t-il la vertu d'anéantir la preuve littérale qui résulte de l'extrait baptistaire, en faveur de Thérèse Perrin ? Parceque son père, absent pour la nécessité de ses affaires, n'aura pas assisté à la cérémonie de son baptême, elle sera réputée le fruit honteux de l'incontinence ! et après avoir joui pendant trente-huit ans d'un état honorable, elle deviendra, le reste de ses jours, le mépris et le rebut de sa patrie ! son mari qui l'a épousée sur la foi publique, ses enfans qui sont nés sous la loi d'un légitime mariage, tout ce qui la touche, tout ce qui lui appartient, participera-t-il à l'infamie d'une naissance vicieuse ! On ne détruit point ainsi par de simples conjectures, un état fondé sur la possession de trente-huit ans, et sur des actes marqués au coin de l'autorité publique. — C'est à Estrivier à prouver bien directement une de ces trois choses : ou que François Perrin n'est qu'un fantôme qui n'a jamais existé que dans les idées de Laugier, ou qu'il n'y a jamais eu de mariage entre lui et Marguerite Espagnet, ou enfin que

Source : BIU Cujas

Thérèse Perrin qui passe pour être leur fille, n'est que la production de l'incontinence de Laugier: jusque-là toutes ses conjectures et tous ses raisonnemens ne seront regardés que comme l'ouvrage de son imagination. — Les registres des curés sont des dépôts sacrés de la foi publique; c'est là où les enfans trouvent des titres incontestables, que ni l'injustice des hommes, ni la succession des temps, ni même le désaveu des pères ne peuvent leur ôter. — Si l'extrait baptistaire de Thérèse Perrin ne porte pas expressément qu'elle soit légitime, il ne porte pas non plus qu'elle soit fille naturelle. Il ne spécifie pareillement pas, comme il le devrait, la condition, ni les qualités, ni le domicile du parrain et de la marraine. Ces sortes d'omissions ne sont que trop ordinaires aux curés; c'est l'effet d'une inconsidération qu'on ne peut assez blâmer dans l'exercice d'un ministère où tout est de conséquence. Mais la Perrin n'en doit pas souffrir. LA SEULE QUALITÉ DE FILLE DE FRANÇOIS PERRIN ET DE MARGUERITE ESPAGNET, qui lui est donnée, suppose qu'elle est légitime. On veut que le père soit inconnu, le curé atteste qu'il était simplement absent. En un mot, un acte authentique fait foi d'un père et d'une mère: en conséquence, Thérèse Perrin a été regardée comme légitime durant trente-huit ans; son mari l'a épousée dans la possession paisible de cet état; elle en a eu des enfans: faudra-t-il aujourd'hui qu'ils ne soient plus que la malheureuse postérité d'une mère née d'un adultère? — C'est aussi un principe puisé dans la raison, qu'au lieu de prétendre obscurcir ce qu'il y a d'évident dans une affaire par ce qu'il peut y avoir d'obscur, il faut au contraire s'attacher à éclaircir et interpréter ce qui est obscur par ce qu'il y a d'évident et de clair. Ce qu'il y a ici de certain, c'est que Thérèse Perrin est déclarée fille de François Perrin, et dans son extrait baptistaire, et dans les actes de son mariage. Tout le reste, qui n'est que soupçon et conjecture arbitraire, doit donc tomber. — Mais qu'on pousse aussi loin qu'on voudra l'art des conjectures et des inductions, jamais en viendra-t-on à détruire l'état de la Perrin? est-il impossible qu'elle soit ce que son extrait baptistaire et son mariage la déclarent être? est-il impossible que Laugier se soit porté à faire pour elle, tout ce qu'on a vu, par un sentiment d'amitié et de considération? Or, il est juste de supposer tout ce qui est naturellement possible, plutôt que de faire perdre à des actes publics la foi qu'ils méritent, plutôt que de dépouiller de son état une femme qui en a joui paisiblement durant l'espace de tant d'années, plutôt que de réduire ses enfans nés d'un légitime mariage, à la condition honteuse de n'être que la malheureuse postérité d'une mère adultérine ».

A ces moyens, qui ne pouvaient sûrement être exposés en termes plus expressifs, M. de Gueidan a ajouté qu'indépendamment de la question de Légitimité, il y en avait une autre dans la cause, qui seule aurait peut-être pu, par sa décision, assurer à l'enfant de Thérèse Perrin l'effet de l'institution d'héritier. — Cette question était celle de savoir si les enfans légitimes de ceux qui ne le sont pas, peuvent être institués par leur aïeul. Nous avons vu, à l'article *Bâtard*, sect. 1, que la négative est l'opinion la plus conforme aux principes et la plus constamment reçue dans les tribunaux. Ainsi, il est à croire que si l'institution d'héritier dont il s'agissait, eût dépendu de ce seul point, elle eût souffert de grandes difficultés.

Quoi qu'il en soit, par arrêt rendu tout d'une voix, le testament fut confirmé. On ignore si le moyen subsidiaire de l'héritier institué entra dans les motifs des juges: mais les principes de M. de Gueidan restent toujours.

Il ne peut donc y avoir aucun doute sur la preuve de la Légitimité qui résulte d'un acte baptistaire revêtu de toutes les formalités prescrites par la loi, lorsqu'on n'y a d'ailleurs inséré aucune énonciation caractéristique de la bâtardise.

VI. Mais ici se présente notre seconde question: cette preuve, que deviendra-t-elle, si elle n'est pas soutenue par la possession d'état? Voici un arrêt qui va nous l'apprendre.

Vers la fin du dernier siècle, Nicolas Hurot, fils d'un charron de village de la Frette, près Certrouville, vint à Paris, et s'y maria avec la fille d'un marchand lainier. Le 23 février 1698, un fils, nommé Jean-Baptiste-Nicolas, naquit de son mariage. — Cet enfant croissant en âge, ne répondit point aux désirs de ses parens. Ils avaient à leur service une domestique nommée Anne Savorde. Leur fils entretint avec elle des liaisons secrètes; trois enfans en reçurent le jour, et tous trois furent baptisés comme fils légitimes, quoiqu'il soit très constant que jamais Anne Savorde n'ait épousé le sieur Hurot. — Pendant que ces liaisons duraient, le sieur Hurot en entretenait d'autres avec Hélène Leflot. Le 20 avril 1746, celle-ci accoucha d'un garçon. Le lendemain, il fut baptisé à la paroisse de Saint-Jean-en-Grève, qui n'était ni celle du père ni celle de la mère. Et le rédacteur de l'acte de baptême, après avoir dit que cet enfant, nommé Jean-Baptiste, était fils de Jean-Baptiste-Nicolas *Murot* (au lieu d'*Hurot*) et d'Hélène Leflot, ajouta qu'ils étaient tous deux *inconnus*. Le 27 août 1750, Hélène Leflot accoucha de deux autres fils, qui furent baptisés le même jour à Saint-Benoît, paroisse du père et de la mère. L'un fut nommé François, et qualifié fils *de Jean-Nicolas Murot, employé chez le roi* (Le sieur Hurot avait effectivement un office de sommier de vaisselle dans l'échansonnerie du roi), *et d'Helène Leflot son épouse*. On nomma l'autre Henri-Augustin: le père était présent et signa sur le registre. Deux autres enfans naquirent du même commerce en 1752 et 1753, et ils furent baptisés, l'un avec la même qualification de légitime, et l'autre avec la simple énonciation de fils du sieur Hurot et d'Hélène Leflot. — Hélène Leflot est décédée le 25 septembre

Source : BIU Cujas

1754. Son acte mortuaire fut signé par le sieur Hurot, qui y prit le titre de mari. — Le 6 avril 1756, Marie-Jeanne d'Aubenton, sa servante, accoucha d'un enfant qu'il fit baptiser comme légitime. — Le 16 décembre 1769, le sieur Hurot mourut à Orléans. Le 21 du même mois, la servante, qui s'était trouvée chez lui au jour de son décès, fit une déclaration de grossesse sur son compte. — Le même jour, il fut fait quelques démarches au nom des enfans d'Hélène Leflot, pour revendiquer la succession du sieur Hurot. — De là est née la question d'état. Les collatéraux, prétendant que cette succession leur appartenait, ont contesté la Légitimité des enfans du sieur Hurot. — Ces enfans convenaient qu'il ne leur avait pas été possible de trouver aucun acte de célébration de mariage entre leur père et leur mère. Mais ils soutenaient que leurs actes baptistaires les dispensaient de rapporter la peuve que ceux-ci eussent été mariés. — Le défenseur des collatéraux fit d'abord remarquer que les enfans de la Savorde et de la Daubenton avaient autant de droit de faire valoir ce système, que ceux d'Hélène Leflot, puisqu'ils étaient, comme ces derniers, qualifiés légitimes par leur acte de baptême; que cependant on convenait que ni la Savorde ni la Daubenton n'avaient été mariées avec le sieur Hurot; et que dès-là, on devait croire, jusqu'à la preuve du contraire, qu'il en était de même d'Hélène Leflot. — Il observa ensuite que les enfans de celle-ci n'avaient en leur faveur aucune ombre de possession d'état; qu'en 1765, un d'eux avait été mis en apprentissage par un ami de son père, chez un maître perruquier, et que le brevet ne lui donnait pas le nom d'Hurot, mais seulement celui de Pierre-Véronique, sans aucun nom de famille; que, par un autre acte de 1766, il paraissait que Jean-Baptiste, l'aîné des enfans d'Hélène Leflot, avait vécu jusqu'à l'âge de vingt ans sous le nom de Jean-Baptiste de Beaumont, sans qu'on sût et sans qu'il sût lui-même qui il était; que dans le même acte, signé de lui même, il était attesté par différentes personnes de sa connaissance, appelées pour constater son état, à l'effet de le faire recevoir maître écrivain, que jamais on n'avait connu son père, et qu'Hélène Leflot, sa mère, n'avait pas été mariée, etc. — Après ces détails sur les faits, le défenseur des collatéraux passait au développement de ses moyens.

« L'état de chaque individu dans la société (disait-il), est fondé sur deux bases: sur le titre de sa naissance, et sur sa possession. — Le titre de sa naissance est l'acte de baptême: mais ce titre serait insuffisant par lui-même, s'il n'était pas accompagné d'une possession conforme à ce qu'il contient. En effet, l'acte de baptême apprend bien aux contemporains d'un homme, ou à la postérité, que le jour de sa date, il a été baptisé un enfant; il leur apprend même les noms de cet enfant, et les noms du père et de la mère qui ont été déclarés être les siens: mais la découverte de ce fait ne prouve pas que celui qui réclame les noms et les qualités dont il est parlé dans cet acte, soit véritablement l'individu qui fut alors présenté au baptême; il faut encore que le nom qu'il a porté jusque-là, le traitement qu'il a éprouvé dans sa famille et dans la société, l'opinion publique de ceux avec lesquels il a vécu, établissent entre lui et ce monument de sa naissance, une relation qui en rende l'application invariable. C'est ce que les jurisconsultes de tous les temps ont désigné par ces mots qui caractérisent la véritable possession d'état, *nomen*, *tractatus*, *fama*. S'il n'a pas conservé ce nom, si aucun de ceux qui ont élevé son enfance et présidé à son éducation, qui l'ont suivi, fréquenté, avec lesquels il a vécu jusqu'au moment de sa réclamation, ne l'ont pas regardé, traité comme étant l'individu auquel cet acte pouvait s'appliquer; c'est un titre qui devient stérile dans sa main, et qui ne lui appartient pas plus qu'au premier inconnu qui voudrait s'en emparer comme lui.

» On distingue deux sortes d'état, l'état naturel, et l'état légitime. — L'état naturel est celui dans lequel l'individu est considéré comme né de tel père et de telle mère, abstraction faite de tout mariage précédent. On peut jouir de cet état, sans appartenir à aucune famille. Tels sont les bâtards. — L'état légitime, au contraire, est celui dans lequel chaque citoyen est considéré comme né d'un mariage constant et régulier, et membre, par sa naissance, de telle ou telle famille. — Si le titre de l'état en général est l'acte de baptême, le titre de l'état légitime en particulier est l'acte de célébration du mariage du père et de la mère. Mais il y a une différence remarquable entre ces deux titres. — L'acte de baptême, sans possession subséquente, est, comme nous l'avons remarqué, un vain nom que personne ne peut s'approprier, et qui ne procurera jamais à celui qui le représente, la reconnaissance de son état. L'acte de célébration de mariage, au contraire, se suffit à lui-même; il assure seul la Légitimité de l'individu qui la réclame, parceque la célébration s'applique d'elle-même aux deux époux, déjà connus dans la société, qui ont contracté le mariage; et c'est de cette application, sur laquelle il est impossible de se tromper, que dérive, par une conséquence nécessaire et infaillible, la Légitimité des enfans qui en sont issus. L'acte de célébration de mariage a la force de légitimer les enfans de la femme mariée, quand même le titre de leur état, c'est-à-dire, leur acte de baptême, déposerait contre cette Légitimité; comme si, par exemple, on leur avait donné par cet acte un autre père que le mari, ou si on les avait baptisés comme enfans naturels, fruits d'une union illégitime. Il suffit qu'ils soient nés d'une femme mariée, pour que le mari de cette femme soit leur père aux yeux de la loi. *Pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant.* — Il n'eût pas été juste que le père et la mère, aveuglés par la haine et par d'autres passions qui ne troublent que trop les mariages les mieux assortis en apparence, eussent été

Source : BIU Cujas

les maîtres de supprimer l'état de leurs enfans, ou que cet état eût dépendu de l'indifférence des étrangers, aux soins desquels ils sont quelquefois abandonnés en naissant. La loi veille alors pour l'enfant, que son âge met dans l'impuissance de réclamer contre l'inhumanité ou la négligence de ses parens : l'acte de célébration de mariage de sa mère est un titre de Légitimité qui l'accompagne par-tout, et dissipe, par son influence salutaire, tous les nuages dont on voudrait obscurcir son état. — Ces vérités conduisent nécessairement à une autre vérité qui n'est pas moins incontestable, et qui en est aussi la conséquence naturelle et nécessaire : c'est que si le père et la mère, ou ceux qui sont chargés, à quelque titre que ce soit, de porter l'enfant à l'église, ne peuvent supprimer ni altérer la Légitimité d'un enfant né à la suite d'un mariage constant et régulier, ils ne sont pas plus les maîtres de suppléer cette Légitimité. Une politique éclairée et salutaire n'a pas permis qu'on chargeât de formalités rebutantes et dangereuses pour la religion et pour les mœurs, les règlemens relatifs à la tenue des registres de baptême confiés aux ministres de l'église. Des matrones, sans caractère à cet effet, des parrains et marraines, presque toujours inconnus, souvent impubères, semblent donner, par leur seule déclaration, qui n'est jamais ni vérifiée ni contredite, à l'enfant qui vient de naître, l'état qu'il leur plaît, et à telle famille qu'ils veulent choisir, un nouveau membre. Quelquefois même, et l'expérience n'apprend que trop combien on abuse de cette formalité religieuse, le père de l'enfant vient reconnaître sa paternité à la face des autels. Mais ces déclarations et cette reconnaissance ne peuvent jamais établir une Légitimité sans mariage précédent. L'acte de célébration de mariage est le creuset où elles viennent toutes s'épurer : sans lui, point de mariage; et sans mariage, point de Légitimité. — Ces principes, qu'on ne méconnaîtra pas sans doute, reçoivent cependant une exception. Lorsque, par quelque événement connu, comme dans les cas de lacération, d'incendie ou absence quelconque des registres, la représentation de l'acte de célébration de mariage est devenue impossible, la forte présomption de son existence, d'une part, et, de l'autre, la possession publique de l'état, y suppléent. Cette possession est même plus puissante que tous les actes de baptême : elle tient lieu des énonciations portées dans les actes que l'ignorance et la fraude altère, suppose et supprime souvent. Elle est essentiellement inaltérable, parcequ'elle ne dépend point de l'erreur d'un rédacteur ou du stratagème d'un imposteur audacieux, mais de la reconnaissance nécessaire et involontaire d'un certain nombre d'individus, souvent pris et rencontrés au hasard, qui, sans s'être donné le mot, ont été les témoins des relations, des habitudes, des liaisons de parenté ou d'affinité du sujet qui la réclame. — Un enfant est élevé dans le sein d'une famille; son père et sa mère, en possession de l'état d'époux, l'ont toujours traité comme leur fils, ou s'il a eu le malheur de les perdre trop tôt, les deux familles ont conservé la mémoire de l'union légitime qui donna l'existence à cet enfant. Il est ainsi parvenu à l'adolescence, à l'âge viril, toujours reconnu par sa famille comme fils de tel et de telle, dont le mariage ne fut jamais révoqué en doute. L'état de cet homme est assuré pour jamais. Si l'époque ou le lieu de sa naissance venait à s'effacer tellement de la mémoire de ses contemporains, qu'il n'en pût pas retrouver la trace; si personne au monde ne pouvait lui indiquer l'église où l'alliance de son père et de sa mère fut sanctifiée par le sacrement, son état n'en demeurerait pas moins inébranlable; la possession seule, pourvu qu'on la suppose complète et non équivoque, formerait autour de lui un boulevart qui mettrait son état à couvert de toute atteinte. — Mais cette possession est souvent incomplète ou équivoque; quelquefois même elle est contraire au titre; et c'est alors qu'il est difficile de déterminer l'état de l'individu qui se présente. Il est pourtant encore quelques règles que la raison dicte. — Il faut d'abord bien définir quels sont les caractères de possession que le sujet réunit, et quels sont ceux qui lui manquent; jusqu'où cette possession s'étend, et où elle s'arrête. Sans titre, on ne peut jamais aller au-delà du terme de la possession. Par exemple, celui qui n'a qu'une possession d'état naturel, ne peut pas réclamer l'état légitime, sans représenter l'acte de célébration du mariage de son père et de sa mère; il lui faudrait, pour y prétendre, une possession d'état légitime. — Ces deux possessions sont faciles à distinguer. Tout ce qui appartient à l'état naturel, appartient aussi à l'état légitime; mais il est des caractères particuliers à l'état légitime, qui n'accompagnent jamais l'état naturel. Ainsi, le nom, le soin de l'enfance, la qualité prise et reçue de père et de fils, tout cela est commun à l'état naturel et à l'état légitime : mais la cohabitation ouvertement connue du père et de la mère, le nom du père porté par la mère, les qualités de mari et de femme prises et reçues publiquement, la reconnaissance des enfans, et le traitement de parenté dans les deux familles, n'appartiennent qu'à l'état légitime : en sorte que, pour donner sur ce point une règle sûre, on pourrait dire que la simple relation entre le père, la mère et les enfans, constitue la possession d'état purement naturel; mais que, pour s'assurer de la Légitimité, il faut nécessairement remonter à la possession de l'état conjugal du père et de la mère dans la société, et à la relation des uns et des autres avec les deux familles. — D'après ces principes, il n'est pas douteux que les enfans du sieur Hurot n'aient aucun titre pour jouir des honneurs de la Légitimité. — 1° Ils ne rapportent aucune preuve de mariage entre leur père et leur mère. — 2° Leurs extraits baptistaires, rapprochés de ceux de leurs frères consanguins, qui sont bien constamment

Source : BIU Cujas

bâtards, annoncent au contraire qu'il n'a existé, entre le sieur Hurot et Hélène Leflot, qu'une union criminelle, formée par la débauche. — 3° Leur prétendue possession est détruite par les titres qu'ils rapportent; d'ailleurs, cette possession n'a point les caractères que les lois exigent pour conférer la Légitimité ».

Tout se réunissait, comme l'on voit, en faveur des collatéraux. — Aussi, par sentence du châtelet, du 25 janvier 1776, leur réclamation a été admise; et cette sentence a été confirmée par arrêt du parlement de Paris, du 8 janvier 1777.

Les circonstances de la débauche constante du sieur Hurot, les preuves écrites des liaisons multipliées qu'il avait eues avec différentes personnes du sexe, sa criminelle habitude de faire baptiser comme légitimes les fruits de ces liaisons, tout cela écartait de la cause jusqu'à l'ombre de la plus légère difficulté.

VII. Nous osons même croire que si ces enfans avaient eu l'avantage, qui leur manquait, d'une certaine possession d'état, ils n'en auraient pas été plus heureux.

En effet, la possession d'état qui résulte de la cohabitation publique du père et de la mère, et de la qualité de mari et femme qu'ils ont toujours prise, perd toute sa force à l'égard des personnes habituées au libertinage. « Pourquoi (disait M. d'Aguesseau, dans la cause de Jacquette de Senlis), pourquoi donne-t-on tant d'autorité au bruit public et à la commune renommée? C'est qu'on ne suppose pas aisément qu'une femme ait assez de hardiesse pour vivre publiquement comme une femme mariée, pour prendre le nom de son mari, sans être sa femme légitime, et sans avoir reçu ce nom à la face des autels. On ne doute point que, dans une ville bien policée, l'église, les magistrats, le peuple même ne se fussent élevés contre de tels désordres; on croit qu'ils ne pourraient être connus et demeurer impunis : il suffit qu'ils soient publics, pour se persuader qu'ils ne sont plus, et que le mariage a rendu une telle société légitime. Mais lorsqu'il s'agit d'une femme débauchée, confirmée dans le crime, qui, y goûtant une paix profonde, a su se faire un front incapable de rougir; toutes ces raisons cessent, toutes ces conjectures se dissipent. On se persuade aisément qu'une femme de ce caractère abusera facilement du nom de *mariage*, pour pouvoir vivre sans crainte dans une licence effrénée; qu'un jeune homme, aveuglé par sa passion, entraîné par le plaisir présent, touché du même désir de liberté, consentira à ce commerce honteux, et prêtera son nom pour servir de voile à la débauche. C'est ce que les législateurs romains avaient prévu, lorsqu'ils ont établi la cohabitation publique pour une des fortes preuves du mariage. Car, en même temps qu'ils admettaient cette présomption, ils exceptaient nommément les femmes accusées de désordre. C'est ce qui est décidé précisément par la loi 24, *de ritu nuptiarum*, au Digeste : *In liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sunt, si non corpore quæstum fecerit* ».

VIII. Les maximes que l'on vient d'exposer, sont en partie confirmées, et en partie modifiées par le Code Napoléon. Voici ce qu'il porte :

« *Art.* 194. Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil, sauf les cas prévus par l'art. 46, au titre *des actes de l'état civil*. (*V. État civil*, §. 2.)

» 195. La possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil.

» 197. Si néanmoins, dans le cas des art. 194 et 195, il existe des enfans issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qu'ils soient tous deux décédés, la Légitimité des enfans ne peut être contestée, sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette Légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance ».

Il importe ici de remarquer la manière dont M. Portalis, conseiller d'état, s'expliquait, à la séance du corps législatif du 16 ventose an 11, dans *l'exposé des motifs* de cette partie du Code Napoléon :

« On admettait les mariages présumés avant l'ordonnance de Blois; cet abus a disparu : il faut un titre écrit, attesté par des témoins et par l'officier public que la loi désigne. La preuve testimoniale et les autres manières de preuves ne sont reçues que dans les cas prévus par la loi sur *les actes de l'état civil*, et aux conditions prescrites par cette loi. Aucune possession ne saurait dispenser de représenter le titre; car la possession seule ne désigne pas plus un commerce criminel qu'un mariage légitime. Si la possession sans titre ne garantit aucun droit, le titre avec la possession devient inattaquable.

» Des époux dont le titre aurait été falsifié, ou qui auraient rencontré un officier public assez négligent pour ne pas s'acquitter des devoirs de sa place, auraient action pour faire punir le crime et réparer le préjudice. Si l'officier public était décédé, ils auraient l'action en dommages contre ses héritiers.....

» Au reste, n'exagérons rien, et distinguons les temps. Autre chose est de juger des preuves d'un mariage pendant la vie des époux, autre chose est d'en juger après leur mort et relativement à l'intérêt des enfans. Pendant la vie des époux, la représentation du titre est nécessaire. Des conjoints ne peuvent raisonnablement ignorer le lieu où ils ont contracté l'acte le plus important de leur vie, et les circonstances qui ont accompagné cet acte; mais, après leur mort, tout change. Des enfans, souvent délaissés dès leur premier âge par les auteurs de leurs jours, ou transportés dans des contrées éloignées, ne connaissent et ne peuvent con-

Source : BIU Cujas

naître ce qui s'est passé avant leur naissance. S'ils n'ont point reçu de documens, si les papiers domestiques manquent, quelle sera leur ressource? La jurisprudence ne les condamne point au désespoir. Ils sont admis à prouver que les auteurs de leurs jours vivaient comme époux, et qu'ils avaient la possession de leur état. Il suffit même, pour ces enfans, que cette possession d'état de leur père et mère soit énoncée dans leur acte de naissance : cet acte est leur titre. C'est dans le moment de cet acte, que la patrie les a marqués du sceau de ses promesses; c'est sous la foi de cet acte, qu'ils ont toujours existé dans le monde; c'est avec cet acte qu'ils peuvent se produire et se faire reconnaître; c'est cet acte qui constate leur nom, leur origine, leur famille; c'est cet acte qui leur donne une cité et qui les met sous la protection des lois de leur pays. Qu'ont-ils besoin de remonter à des époques qui leur sont étrangères? pouvaient-ils pourvoir à leur intérêt quand ils n'existaient point encore? leur destinée n'est-elle pas irrévocablement fixée par l'acte inscrit dans des registres que la loi elle-même a établis pour constater l'état des citoyens, et pour devenir, pour ainsi dire, dans l'ordre civil, le livre des destinées? »

On voit que dans le cas où un enfant dont le père et la mère n'existent plus, a été, au moment de sa naissance, inscrit comme légitime sur les registres de l'état civil, M. Portalis semble trouver dans la loi dont il présente les motifs, une disposition qui garantit l'état de cet enfant de toute attaque.

Mais ne nous trompons pas sur l'opinion de ce jurisconsulte orateur. Par cela seul qu'il ne fait, dans le discours cité, que présenter les motifs de la loi, il ne peut pas être censé dire le contraire de ce que dit la loi elle-même. Or, l'art. 197 limite sa disposition aux *enfans de deux individus* qui, non seulement sont *tous deux décédés*, et dont on ne peut pas découvrir l'acte de mariage, mais ont encore, avant leur décès, *vécu publiquement comme mari et femme*. Il ne dispense donc de la représentation de l'acte de mariage de son père et de sa mère décédés, que l'enfant dont le père et la mère ont été, jusqu'à la mort de chacun d'eux, en possession publique de l'état de mari et femme. C'est donc à cette possession publique que l'enfant doit, indépendamment de son acte de naissance qui l'annonce comme légitime, la présomption légale dont il s'agit.]]

IX. Si la possession d'état de fils légitime ne suffit pas pour écarter l'effet d'une preuve ou même d'une présomption contraire, à plus forte raison doit-il en être de même de la possession d'état de fils naturel. Ainsi, quoiqu'un enfant ait été baptisé et élevé comme illégitime, il n'en est pas moins recevable à prouver que son père et sa mère ont été mariés, et que par conséquent il doit jouir des avantages de la Légitimité.

C'est ce qui a été jugé par arrêt du 26 août 1756, rendu sur les conclusions de M. Séguier. — La dame Duhan avait été baptisée et mariée comme fille naturelle du sieur Terrasson, procureur à Lyon, et de Marie Delamure : sa mère avait toujours porté publiquement le nom de madame Terrasson; elle avait présenté une requête en cette qualité contre son mari, et avait été inhumée comme femme du sieur Terrasson. Celui-ci avait signé d'autres actes baptistaires d'enfans nés de lui et de Marie Delamure, avant et depuis la naissance de la dame Duhan; et chacun de ces actes donnait à Marie Delamure la qualité de femme légitime. La dame Duhan rapportait en outre la preuve qu'on avait enlevé plusieurs feuillets du registre sur lequel elle prétendait qu'avait été inscrit l'acte de célébration du mariage de son père et de sa mère. Mais, d'un autre côté, on lui opposait un autre mariage du sieur Terrasson, suivi d'une cohabitation publique pendant dix-huit ans, sans réclamation de la part de Marie Delamure : on faisait valoir toutes les circonstances qui annonçaient que son père ne l'avait jamais traitée qu'en bâtarde; on en trouvait même la preuve écrite dans son contrat de mariage. — Cependant ces moyens n'ont pas paru assez décisifs contre elle; l'arrêt cité l'a admise à prouver que son père et sa mère avaient été mariés, que leur mariage avait été réhabilité, et que conséquemment elle était leur fille légitime.

On trouvera ci-après, sect. 3, un arrêt du parlement de Rouen, du 21 mai 1765, qui a jugé la même chose.

[[Et cette jurisprudence est érigée en loi par l'art. 328 du Code Napoléon : « L'action en réclamation d'état (y est-il dit), est imprescriptible à l'égard de l'enfant ». *V.* ci-après, sect. 4, §. 2, n. 4 et 5.]]

§. III. *Comment doit être prouvée, relativement à la Légitimité des enfans, l'existence d'un mariage contracté entre protestans?*

Empruntons ici pour un moment les expressions et les idées du célèbre Elie de Beaumont.

« La flatterie ne fait que trop facilement croire, même aux meilleurs rois, qu'ils peuvent tout ce qu'on leur persuade de vouloir : doctrine détestable, qui entraîne souvent l'affaiblissement, et quelquefois même la subversion des empires.

» *Un mot de votre bouche*, disait-on à Louis XIV, *et il n'y aura plus de protestans en France*. De là, la révocation de l'édit de Nantes; de là, une plaie incurable faite à l'État par cette révocation funeste, qui lui a fait plus de mal que la perte de dix batailles; de là cette chimérique assertion dont on nous a bercés pendant près d'un demi-siècle, et qui était devenue une espèce d'adage et de brocard de droit jusque dans plusieurs de nos tribunaux : *il n'y a point de protestans en France*.

» Pour renfermer notre zèle dans de justes bornes, en ne disant rien de nous-mêmes, et ôter ainsi toute prise à la malveillance et à la censure, em-

Source : BIU Cujas

ployons ici les propres expressions d'un illustre magistrat: — «On est désabusé aujourd'hui (disait, le 9 juillet 1778, devant le parlement de Toulouse, M. l'avocat général de Cambon), on est désabusé aujourd'hui de croire que les lois sévères soient des moyens propres à ramener les esprits prévenus, de leurs erreurs. La gêne et la contrainte n'ont jamais produit un hommage sincère, le seul qui puisse plaire à l'être éternel. Une expérience malheureuse a fait connaître l'inutilité des moyens dont on s'est servi jusqu'à ce jour pour déraciner l'erreur, et nous ne doutons pas qu'à l'avenir on n'en emploie qui seront plus conformes aux règles d'une saine politique et aux lois de l'humanité. Les vives lumières qui ont éclaté de toutes parts, nous autorisent à croire que bientôt le prince bienfaisant qui nous gouverne, se livrant aux mouvemens de son cœur, jettera un regard favorable sur cette portion de ses sujets qui est séparée de notre communion, et par des lois sages et immuables assurera leur tranquillité et leur bonheur. C'est à vous, messieurs, à préparer cet évènement heureux, en faisant connaître par vos arrêts quelles sont vos dispositions. L'occasion est favorable, et vous pouvez la saisir, sans vous écarter des règles les plus sévères..... Ce n'est pas seulement du sort d'un citoyen que vous allez décider, mais de celui *d'un million d'hommes* qui attendent en tremblant votre jugement».

» Ainsi, pendant que l'adulation qui rampe et élève sa tête dans les palais des rois, disait et répétait, *Il n'y a plus de protestans en France*, un avocat général, avec cette sainte liberté d'un ministère qui lui est commun avec nous, dit dans le temple de la justice, que le ressort seul d'un des parlemens du royaume renferme un million de protestans.

» Ainsi, pendant qu'on se livrait à l'illusion des moyens de rigueur, dans l'espérance que des plaies passagères pourraient produire un bien durable, un sage et vertueux avocat général disait hautement, devant une des cours du royaume : *Une expérience malheureuse a fait connaître l'inutilité des moyens dont on s'est servi jusqu'à ce jour pour déraciner l'erreur, et nous ne doutons pas qu'à l'avenir on n'en emploie qui seront plus conformes aux règles d'une saine politique et aux lois de l'humanité.*

» Ainsi, pendant qu'il existe en France des lois non encore révoquées, qui défendent aux protestans de sortir du royaume, à peine des galères, et d'autres lois qui, par les formalités imposées aux mariages, leur interdisent à jamais d'être époux et père, et les réduisent à la cruelle alternative du sacrilège et du parjure, ou du désordre, genre de législation contradictoire qui fait trembler, qui n'existe nulle part ni ailleurs en Europe, et auquel on ne pense pas assez; un avocat général invite les cours à provoquer une législation plus équitable, à préparer cet évènement heureux, en faisant connaître par leurs arrêts quelles sont leurs dispositions; il nous invite à espérer que bientôt un prince bienfaisant, *par des lois sages et immuables*, assurera la tranquillité et le bonheur d'une portion de ses sujets; et il augure cet heureux changement *des vives lumières qui ont éclaté de toutes parts, et des vœux de tous ceux dont la religion et la piété sont éclairées par la charité et par la raison.*

» D'après ces dispositions, qui ne sont pas seulement celles d'une des cours du royaume, mais que toutes ont annoncées par leurs arrêts, il est aisé de concevoir que si en général la possession d'état, entre sujets catholiques, dispense les enfans de rapporter l'acte de célébration de mariage des pères et des mères, à plus forte raison cette jurisprudence a-t-elle dû s'établir lorsque le culte des deux conjoints, ou de l'un d'eux, ne permettait pas d'espérer un titre parfaitement régulier. C'est à ce cas-là sur-tout que l'humanité, la raison, la justice et la saine politique ont fait appliquer cette maxime de droit : *Nemo tenetur edere contra se ;* et cette autre : *Melius est non edere titulum, quàm edere viciosum.*

» Aussi n'avons-nous point aujourd'hui de maxime plus certaine dans nos tribunaux, que celle qui admet la Légitimité des enfans dont le père et la mère, ou l'un d'eux est protestant, par le seul mérite de la possession d'état, par la seule force de la fin de non-recevoir, sans qu'un avide collatéral soit admis à exiger la représentation de l'acte de célébration de mariage.

» Et pourquoi la possession d'état a-t-elle tant de force dans les causes des mariages protestans ou mixtes, et bien plus de force sans contredit que lorsqu'il s'agit uniquement de mariages catholiques? C'est que *les vives lumières qui ont éclaté de toutes parts*, ont exigé qu'on lui donnât en effet une aussi grande force pour se conformer aux règles d'une saine politique, aux lois de l'humanité, et aux vœux de tous ceux dont la religion et la piété sont éclairées par la charité et par la raison.

» En effet, 1° le catholique a deux moyens de prouver son état: des titres légaux, tels que l'acte de célébration de mariage de son père et de sa mère, ou son acte baptistaire, et la possession d'état. Le premier moyen est interdit en partie, et même presque toujours en entier, à tout protestant qui ne veut pas être parjure ou corrupteur d'un prêtre; il ne lui reste que le moyen de la possession d'état. La possession d'état est donc aux mariages protestans ou mixtes, ce qu'est un acte de célébration pour les mariages catholiques; elle est le seul moyen de suppléer l'acte et d'en tenir lieu: il a donc été de la plus souveraine équité de donner en ce cas, à la possession d'état, d'autant plus de force, qu'elle est presque toujours le seul moyen légal pour tout protestant qui s'est respecté, qui a respecté nos autels, de n'avoir pas des enfans bâtards. Otez la possession d'état aux protestans, et d'un trait de plume vous faites dans le royaume

Source : BIU Cujas

trois millions de bâtards, c'est-à-dire, le plus affreux des bouleversemens.

» 2° Le protestant est retenu par force dans le royaume par des lois encore actuellement subsistantes, qui lui défendent d'en sortir, *à peine des galères à vie pour les hommes, et de réclusion et confiscation de corps et de biens pour les femmes.* Il a donc été de la plus souveraine équité de laisser acquérir un moyen quelconque de Légitimité à des hommes qu'on n'aurait pu, sans la violation la plus criante des premiers principes du droit naturel, retenir par force dans un royaume, pour n'y procréer que des millions de bâtards.

» 3° L'édit révocatoire permet aux protestans, *en attendant qu'il plaise à Dieu les éclairer, de demeurer dans le royaume, et y continuer leur commerce et jouir de leurs biens, sans pouvoir être troublés ni empêchés sous prétexte de leur religion, à condition, comme dit est, de ne point faire d'exercice, ni de s'assembler sous prétexte de prières ou de culte de ladite religion, de quelque nature qu'il soit, sous les peines ci-dessus de confiscation de corps et de biens.*

» Or, on peut avoir des enfans légitimes en observant ces deux conditions, 1° de ne point faire d'exercice; 2° de ne point s'assembler; et ce sont les deux seules qui soient imposées aux protestans.

» Or, il serait contradictoire et dérisoire de promettre à cette classe d'hommes qu'elle jouira de ses biens, qu'elle ne pourra être troublée ni empêchée sous prétexte de sa religion, et de dénier à cette classe d'hommes la jouissance du plus précieux de tous les biens, le droit d'être époux, le droit d'être père.

» Or, il serait contradictoire et dérisoire de promettre à cette classe d'hommes, qu'elle ne pourra être troublée ni empêchée sous prétexte de religion, et de la réduire, précisément parcequ'elle professe cette religion, et uniquement parcequ'elle la professe, à ne pouvoir vivre que dans le concubinage, à ne pouvoir procréer que des bâtards.

» Il a donc été encore de la plus souveraine équité de trouver, dans le rempart de la possession d'état, le moyen de remédier, du moins en partie, à cette privation des droits si solennellement assurés par l'édit révocatoire lui-même.

» Il a donc été de la plus souveraine équité de légitimer au moins et de rendre tolérables, par le remède de la possession d'état, une défense d'émigrer sous les peines corporelles les plus flétrissantes; défense qui, si elle n'avait pas le correctif de la possession d'état, et si elle réduisait les hommes à ne pouvoir avoir que des concubines et des bâtards, serait sans exemple dans toutes les législations anciennes et modernes, dans toutes les parties du monde connu.

» Si le remède de la possession d'état était ôté, s'il fallait absolument avoir un titre de célébration de mariage, ce serait rendre les pères protestans les maîtres absolus du sort de leurs enfans, ce serait les ériger en vrais despotes dans l'intérieur de leurs familles : ils donneraient ou ôteraient leurs successions à leur gré; et sous ce point de vue, la religion catholique elle-même a le plus grand intérêt au maintien de la possession d'état, comme titre valable de Légitimité pour les enfans sortis de mariages protestans ou de mariages mixtes. Maintenant qu'il est bien reconnu aujourd'hui, par l'inutilité même des moyens d'une expérience malheureuse, que le seul moyen d'éteindre les protestans en France, est celui des voies douces et lentes, de l'appât des dignités et des honneurs, et celui de la stagnation et du relâchement où tombe une religion qu'on ne persécute pas, il est clair que pendant un très grand nombre d'années il y aura encore une masse très considérable de protestans en France. Or, est-il sage, est-il juste de laisser au pouvoir d'un père ou d'une mère de supprimer l'état d'un de ses enfans, parcequ'il se sera fait catholique, ou qu'on l'aura élevé catholique? est-il juste de revêtir les parens protestans d'un pouvoir arbitraire et tyrannique, d'un pouvoir que nulle bonne législation ne doit confier à personne? Ils l'auraient cependant, et pourraient faire à leur gré, entre leurs enfans, les uns légitimes, les autres bâtards, et punir ceux d'entre eux qui seraient devenus catholiques, tandis qu'eux-mêmes n'aspirent et ne veulent aspirer qu'à la tolérance; ils n'auraient pour cela qu'à jeter une pièce au feu : mais on ne jette point au feu une possession d'état, fruit lent et progressif des années, et résultat des reconnaissances d'une si grande quantité de personnes à la fois. Un parent collatéral peut capter, peut séduire ou un père ou un parent commun, et consommer le crime de ses séductions, en s'emparant d'une maison mortuaire et en jetant une pièce au feu : sans doute on conviendra que cela est possible et très possible. Mais, encore une fois, on ne jette point au feu une possession d'état; et ainsi la possession d'état est encore un moyen sûr de prévenir les fraudes et les crimes des spoliations et des subversions d'état, parcequ'on ne se porte point à commettre des crimes inutiles.

» Sous tous ces points de vue, la possession d'état est donc, dans l'intérêt de la religion même, un moyen de droit aussi précieux qu'efficace, aussi équitable que salutaire, et auquel on ne pouvait donner trop de force en faveur des enfans sortis de mariages protestans ou mixtes.

» Aussi, si la possession d'état a une force comme *dix* dans la thèse générale, elle a et devait réellement avoir une force comme *mille*, relativement aux enfans sortis de ces mariages.

» Aussi les cours, dès qu'elles ont pu suivre sans obstacles leurs sentimens d'équité et d'intérêt national, ont-elles prouvé, par l'unanimité de leurs arrêts, qu'elles ne connaissaient que le moyen de possession d'état qui pût prévenir des désordres et

Source : BIU Cujas

des maux sans nombre, ménager à la religion même des secours dignes d'elle, réunir tous les Français comme un peuple de frères ; et que, sous ces grands et nobles rapports, *la possession d'état* était en même temps *raison d'état.*

» Disons-le même à la louange de ces tribunaux augustes qui ont tant de moyens de servir la patrie, même dans le simple exercice de leur justice privée, et qui savent si bien les saisir, et graces immortelles leur soient rendues ! On a célébré avec grande raison l'arrêt généreux du parlement de Paris, qui, en ordonnant l'exécution de la loi salique, sauva doublement la France, en écartant une domination étrangère, et en facilitant l'accès du trône au grand, au bon Henri : mais tenons pour certain que cette uniformité des parlemens à maintenir l'état des sujets protestans par la fin de non-recevoir, et à suppléer ainsi, par la sagesse de leurs jugemens, le silence de la législation, en conservant au milieu de nous plusieurs millions de nos concitoyens, dont l'existence n'est pas une chimère, dont on ne dira plus sans doute aujourd'hui qu'ils n'existent pas, a rendu et rend tous les jours à l'état un service si important, que peut-être pourrait-il soutenir le parallèle.

» Eh ! combien ce service est précieux aujourd'hui ! Nous voyons ce qui se passe en ce moment même en Allemagne, en Irlande, en Amérique : il n'est plus temps de se le dissimuler à soi-même ; ce que les peuples étrangers conquièrent, nous le perdons ; ce que nous perdons, ils le gagnent doublement, et parceque nous ne l'avons plus, et parcequ'ils l'acquièrent ; et nous avons assez perdu à la fin du dernier siècle, pour conserver au moins ce qui nous reste. Ce sont les parlemens qui nous le conservent par une jurisprudence si constante et si ferme sur ces questions (moins fréquentes aujourd'hui par la force de leurs arrêts), qu'il n'y a plus que de l'opprobre sans profit à les élever encore.

» Et ce qu'il y a d'admirable, c'est que les parlemens, en rendant à la nation et au roi ce service éminent, qui retient tant de citoyens en France (y ayant depuis 1740 plus de *quatre cent mille mariages protestans célébrés au désert*, qui tous n'ont que la jurisprudence des cours pour sauvegarde) ; c'est que les parlemens, disons-nous, n'ont pas écouté uniquement des vues d'humanité, de sensibilité, de patriotisme : ils ont en même temps agi de la manière la plus légale et la plus régulière.

» En effet, il y avait en France une contradiction visible dans cette multitude de lois et d'arrêts du conseil, qui furent l'ouvrage malheureux de circonstances plus malheureuses encore. La législation prouva alors par ses propres contrariétés, souvent dans une même loi, qu'il ne suffit pas de vouloir, mais qu'il faut vouloir des choses possibles et praticables..... ».

Mais on nous demandera sans doute où sont les preuves de cette jurisprudence universelle? Voici notre réponse.

Parlement de Paris. Ses arrêts sont, sur cette matière, aussi uniformes que précis ; on les a rappelés à l'article *Religionnaire :* il est inutile de les répéter ici.

Parlement de Toulouse. Un des plus célèbres arrêts de cette cour est celui du 6 juillet 1770, qui après un appointement, a adopté les conclusions de M. l'avocat général de Cambon, déjà citées plus haut : « Nous savons (disait ce généreux magistrat) qu'il n'est pas en votre pouvoir d'établir une forme de mariage pour les protestans. Ce n'est pas aussi ce que nous proposons ; nous voulons seulement que lorsqu'ils ont vécu comme de légitimes époux, qu'ils ont été reconnus pour tels, soit dans leurs familles, soit dans le public, on ne puisse pas troubler leurs enfans dans la possession de leur état, en les obligeant de rapporter l'acte de célébration de mariage : nous voulons qu'à cet égard ils soient traités comme les catholiques..... Il ne faut pas se demander à soi-même si l'on est persuadé de l'existence du mariage dont on conteste la vérité ; mais il faut se demander si l'intérêt public n'exige pas qu'on le présume..... Quoiqu'il soit vraisemblable que le père et la mère de l'intimé (Etienne Salles), n'ont jamais été mariés, ou du moins que le mariage a été béni par un ministre de leur religion ; dès que cela n'est pas juridiquement prouvé, la justice et l'équité veulent qu'on suppose que l'union était légitime, parcequ'il est juste de supposer tout ce qui est naturellement possible, plutôt que de faire perdre à un enfant la Légitimité dont il a toujours joui..... Vous n'avez point à juger si un mariage qui n'a pas été contracté en face de l'église, est valable, mais si un enfant né de deux personnes dont l'union a toujours été réputée légitime, peut être obligé à faire preuve de sa Légitimité par la remise de l'acte de célébration de mariage. Cette question en thèse doit être décidée en faveur d'Étienne Salles, à cause des circonstances ».

Le 5 octobre 1781, la seconde chambre des enquêtes du même parlement a rendu, au rapport de M. de La Fitte, un arrêt plus mémorable encore. — Jean Cadenne et Marie Cavaillé s'étaient mariés au désert en 1739. La rigueur des arrêts rendus ensuite dans les parlemens du midi, en 1740 et dans les années suivantes, les avaient forcés de dissimuler leur état. Ils ne s'étaient qualifiés, dans les actes publics, que de *fiancés ;* ils n'avaient osé constituer aucune dot à leurs enfans ; mais ils leur avaient seulement fait des *legs d'alimens*, comme à des enfans naturels. Jean Cadenne lui-même, l'un de leurs enfans, n'avait osé prendre dans les tribunaux que la qualité de *fils naturel* de Jean Cadenne et de Marie Cavaillé, *fiancés*. Son père et sa mère ne lui avaient donné, ainsi qu'à leurs autres enfans, dans tous les actes où il avait fallu parler d'eux, que la qualité d'*enfans naturels*. Enfin, on

Source : BIU Cujas

avait donné un curateur en justice à l'un d'eux, sous le nom de *fils naturel* de feu Jean Cadenne et de Marie Cavaillé, *fiancés*, tant les esprits étaient alors frappés de cette terreur universelle qu'une sévérité de quelques années avait répandue. — Mais des jours plus sereins ont lui sur nos têtes: le gouvernement a rendu aux tribunaux la liberté de suivre ce penchant naturel de tout magistrat vertueux à protéger l'infortune; et quoique dans la cause de Cadenne, un mariage célébré au désert parût sous leurs yeux, la possession d'état a déterminé leur justice. Par l'arrêt solennel du 5 septembre 1781, confirmatif de la sentence du juge de Saint-Antonin, Jean Cadenne et son frère ont été maintenus dans tous les biens de leur père et de leur mère protestans.

Autre arrêt du même parlement, du 23 février 1783, plus fort encore que l'arrêt de Cadenne. — On contestait l'état du jeune Descamboux et de la dame de Vales, sa sœur, habitans de Castres. Non seulement ils ne rapportaient pas l'acte de célébration du mariage de leur père et de leur mère; non seulement ils ne rapportaient pas leurs propres actes de baptême, mais leur adversaire, le sieur de Burlats, leur opposait un acte de célébration du mariage de leur père et de leur mère, le sieur Descamboux et la dame de Bayard, *extrait du registre d'un ministre protestant.* — M. Gary, célèbre avocat de Toulouse, leur défenseur, se renferma fermement dans la possession d'état, et soutint qu'on ne pouvait ni forcer ses cliens de produire l'acte de célébration du mariage de leur père et de leur mère, ni les obliger de reconnaître pour leur titre une pièce qu'ils ne produisaient pas. — M. l'avocat général de Catellan de Caumont appuya sa défense par les réflexions suivantes:

« Le mariage doit être envisagé sous deux faces différentes: comme l'union de deux personnes qui, prenant le créateur à témoin de leur engagement, s'unissent suivant les coutumes et le rit de leur culte: ensuite, comme un lien politique, qui, autorisé par le prince, procure les effets civils aux conjoints, et les transmet aux enfans qui en sont issus. — Sous le premier rapport, deux protestans, deux infidèles mêmes, qui, du consentement de leur père, si leur coutume l'exige, qui en un mot ont suivi les formalités qui leur sont prescrites, se sont donnés l'un à l'autre en présence du Dieu qu'ils adorent, paraissent irrévocablement liés. Ces lois sont celles de la nature.—Chaque peuple de la terre a eu des règles différentes pour ce que la société a de plus important. Les Romains, dont nous avons adopté une partie du Code, n'exigeaient, pour la validité de leurs mariages, que le consentement des parens et celui des futurs époux. L'invocation de quelque divinité qu'ils avaient eux-mêmes chargées de présider aux cérémonies, était arbitraire, et la force du lien ne pouvait en dépendre. — Dans la plupart de ces vastes contrées qui couvrent le nord de l'Europe, où la religion prétendue réformée a prévalu, on n'exige, avec la volonté des parties, que la simple bénédiction d'un pasteur qui suffit pour les unir à jamais. Leurs mariages sont même approuvés par l'église, et la puissance ecclésiastique les consacre. *Matrimonia quidem verissima, vera sacramenta nullo modo.* Benoît XIV, dans son bref célèbre, non seulement reconnaît l'union de deux protestans, mais, d'accord avec tous les pères de l'église, décide que, si l'une des deux parties venant à reconnaître son erreur, rentre dans le sein de l'église, leur mariage n'est point rompu par cette différence d'opinions. Saint Augustin dit même que *ces mariages opèrent souvent la conversion de l'époux infidèle.* Il cite l'exemple de son propre père, qui embrassa la religion chrétienne, parceque sa femme, Monique, professait le christianisme. Clotilde, par la conversion de Clovis, et Théodeleinde, par celle d'Agitus roi des Lombards, furent plus utiles à l'église que si elles eussent épousé des princes orthodoxes. — Les lois de l'église, l'opinion des saints pères ont confirmé ces unions: mais en France peuvent-elles donner aux époux les effets civils, et les faire passer aux enfans qui en seraient nés? — Avant la révocation de l'édit de Nantes, les protestans jouissaient en France, quant à leurs mariages, des prérogatives dont jouissent ceux qui habitent les pays où la religion prétendue réformée occupe le premier rang. Des lois faites uniquement pour eux, en leur accordant la liberté de conscience, leur permettaient l'exercice public de leur culte: mais depuis que le prince a retiré ces lois, depuis qu'il a voulu assujettir ses sujets à une forme particulière de mariage, il faut suivre les formalités qu'il prescrit, pour participer aux avantages qu'il y a joints. Il a voulu qu'on ne reconnût de mariage valide dans ses états, que ceux qui, suivant la décision du concile de Trente, seraient célébrés du consentement des parens, après trois publications de bans en face de l'église, et bénits par le propre curé. — Il est donc certain, incontestable, que l'absence seule du curé des parties porte avec soi une nullité radicale, qu'une bénédiction étrangère ne saurait remplacer: les lois et la jurisprudence sont constantes à cet égard. — Voilà les règles que nos rois nous ont prescrites; voilà celles que nous devons suivre: *Justas autem nuptias*, dit Justinien, *justas autem nuptias contrahunt qui secundùm præcepta legum coeunt.* C'est en dire assez pour éloigner une proposition qui, n'étant étayée que sur des raisonnemens et le désir unanime des citoyens, ne saurait soutenir le regard de la loi; elle est peut-être trop sévère; mais tant qu'elle existera, il faut, pour le bien commun, qu'elle soit respectée, lors même que la sagesse du gouvernement veut bien, par des raisons personnelles, en suspendre l'exécution. — Mais l'acte de la célébration du mariage en est-il la seule preuve? est-ce de l'extrait des registres qui la renferment, que les lois font uniquement dépendre l'état des personnes mariées, celui de leurs enfans? n'y a-t-il pas des cas où l'on peut être dispensé de les rappor-

Source : BIU Cujas

ter, ou d'autres actes existans, qui, le supposant, peuvent le remplacer? Il y en a plusieurs que les ordonnances elles-mêmes ont prévus. — Il est vrai que celle de 1639 n'admettait point d'exception à cet égard : il fallait, ou être inscrit sur le registre, ou subir la marque honteuse d'une flétrissure ineffaçable. — Des évènements imprévus firent apercevoir l'excessive rigueur de cette loi ; elle fut tempérée par celle de 1667, qui, à l'art. 14 du tit. 20, admet la preuve, tant par actes que par témoins, si les registres sont perdus, ou s'il n'y en a jamais eu ».

Ici M. de Catellan invoque les maximes adoptées par M. de Cambon, l'un de ses prédécesseurs dans le ministère public au même parlement, dans la cause d'Etienne Salles, et qui ont été répétées dans tous les tribunaux du royaume ; après quoi il continue ainsi :

« La cour a suivi de point en point les conclusions de M. de Cambon. L'enfant fut dispensé de représenter l'acte de célébration du mariage de ses auteurs ; il fut déclaré légitime. Les motifs de cet arrêt en ont produit d'autres qui ont prononcé la même décision. — Mais des personnes qui ne connaîtraient pas l'uniformité de vos jugemens, pourraient attribuer ces arrêts à une prétendue philosophie moderne, qui, pénétrant dans les tribunaux, se glissant jusque dans les cœurs des magistrats, aurait pu parvenir à y diminuer l'empire de la loi, pour y substituer des sentimens plus analogues à la façon de penser actuelle. — Non, cette jurisprudence éclairée autant qu'humaine, faite pour honorer le cœur des juges autant que leur savoir, a toujours été constante parmi vous. — En 1706, dans des temps de troubles, où tout ce qui portait l'empreinte du protestantisme, semblait proscrit par la nation entière, le fameux Bayle mourut : il était protestant reconnu, sa religion l'avait même obligé de sortir du royaume ; il finit ses jours en Hollande. Son testament fut attaqué au parlement de Toulouse ; après un long choix, on chargea M. de Senaux, doyen de sa compagnie, du rapport de ce procès intéressant ; c'était un de ces génies rares que l'œil éclairé du ministère sait distinguer jusque dans le fond des provinces, et dont les lumières ont beaucoup contribué à la rédaction de l'ordonnance de 1670, sur laquelle M. de Pontchartrain le consultait souvent. — Ce fut d'après l'avis de cet homme sage, que la grand'-chambre, en confirmant le testament, soutint cette haute réputation de sagesse dont elle a toujours joui. L'arrêt fut attaqué : on ne doutait pas du succès de cette demande faite devant un tribunal où présidait un monarque, auteur de la révocation de l'édit de Nantes. On demanda à M. de Senaux les motifs de cet arrêt, auquel la France entière a tant applaudi ; il répondit que, quand la réputation de Bayle n'eût pas été capable de conserver son testament, les droits de citoyen dont il avait toujours joui pendant sa vie, ne pouvaient pas lui être arrachés après sa mort. La demande en cassation fut rejetée. — Les lois des Romains nous apprennent qu'ils ont aussi pensé de même. *Si vicinis*, dit la loi 6, *de nuptiis*, au Code, *si vicinis vel aliis scientibus, uxorem liberorum procreandorum causâ domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ sunt, non ideò minùs veritas matrimonii aut susceptæ filiæ suam habet potestatem.* — Voilà donc les droits de la possession d'état établis, fondés sur la disposition des lois romaines, sur la jurisprudence, enfin sur les ordonnances de nos rois. — Les droits de la possession d'état une fois établis, il ne reste plus qu'à la prouver ; mais comme elle vient pour suppléer des titres du plus grand poids, il faut, pour la soutenir des actes authentiques, qui, en indiquant la célébration du mariage, puissent la remplacer. Quels sont les caractères de cette possession, dit M. d'Aguesseau? *Il faut qu'elle soit libre et volontaire, longue et perpétuée pendant un grand nombre d'années, publique et connue de tout le monde, approuvée par ceux qui ont véritablement intérêt de l'attaquer, enfin, jamais interrompue par de sérieuses contestations.* — Aucune possession n'a été plus conforme à cette disposition que celle qui protège le sieur Descamboux. — Consentement des parens, leur approbation, contrat rédigé par un officier public, ratification postérieure, le testament formel du sieur Hugonin Descamboux ; la naissance, l'éducation des enfans, leur domicile dans la maison paternelle ; mais ce qui doit être du plus grand poids dans cette affaire, les actes géminés du sieur de Burlats, et les arrêts qui ont rejeté ses demandes. Dans les articles de mariage, dans leur rédaction, le sieur Hugonin prend et choisit pour femme la demoiselle de Bayard ; ces deux actes annoncent une célébration future et prochaine : dans le testament, les legs qu'il fait à son épouse, l'institution de ses fils pour héritiers, la supposent déjà parfaite. — Le testament qui a suivi la bénédiction du mariage, le contrat qui l'a précédée, et avec ces titres, l'appui d'un plus fort encore, et capable de les remplacer tous, l'opinion du public, qui, sur l'avis des parens, la cohabitation publique du père et de la mère, légitimée par des actes dont ils devaient avoir connaissance, a toujours vu dans le sieur Descamboux, l'héritier du nom et de la fortune de son père ; et si nous avions besoin de la preuve testimoniale, permise par l'ordonnance de 1667, des milliers de citoyens viendraient au secours des actes remis par le jeune Descamboux. Le sieur de Burlats a pensé comme ses concitoyens : depuis 1760 jusqu'en 1781, son témoignage vient encore militer contre ses prétentions actuelles et les détruire. Refuser d'admettre une possession aussi bien établie, ce serait, dit Cochin, *détacher un homme d'une famille dans laquelle il est, pour ainsi dire, enraciné par tant d'actes et de reconnaissances ; ce serait dissoudre ce qu'il y a de plus indissoluble.* — La loi exige du sieur de Burlats des titres destructifs ; il en présente, et dit au sieur Descamboux : Vous supposez une célébration légi-

Source : BIU Cujas

time ; mais votre père s'est marié au désert, en voilà la preuve. Lisez ce certificat de *Blanc*, ministre de votre religion; quelle que soit votre possession, elle vient se briser contre cet acte. — Une preuve est donc l'arme qu'on oppose au sieur Descamboux pour anéantir l'état dont il a toujours joui depuis sa naissance : mais de quelle évidence doit être une preuve qui, admise, va rompre les liens d'une famille, et faire d'un citoyen un être vil, l'opprobe de la société ? — On peut appeler preuve en général, tout ce qui persuade l'esprit d'une vérité ; mais en justice on n'admet que celle qui, revêtue des formes prescrites par la loi, peut établir la certitude d'un fait contesté. De quelle forme est revêtu l'extrait remis par le sieur de Burlats? Un homme nous assure avoir tiré d'un registre l'extrait de la bénédiction du mariage du sieur Hugonin Descamboux avec la demoiselle de Bayard. — Pour délivrer des actes dignes d'être présentés à la justice, il faut au moins un caractère reconnu par la loi ; le sieur Blanc n'est pas, à la vérité, sans qualité ; il se dit ministre de la religion prétendue réformée ; mais, en offrant un caractère réprouvé, il se rend indigne de la confiance de la justice. La seule attestation suffit pour le rendre suspect à tout être impartial. — C'est cet homme contre lequel les lois prononcent des peines si terribles, qu'on donne pour garant d'un fait important qui doit être la base de l'arrêt qui va être rendu ! — Ce n'est pas tout ; si la justice daigne arrêter un instant ses regards sur l'extrait signé par *Blanc*, dès-lors elle autorise tacitement ses fonctions ; elle invite les ministres à tenir des registres ; et, par une conséquence nécessaire, elle permet l'exercice de leur religion. — Indépendamment de ces considérations, comment serait-il possible d'ajouter foi à ce titre ? Lorsque des officiers publics délivrent des extraits, il est permis aux parties à qui on les oppose, de les comparer aux originaux, d'en examiner l'exactitude, de s'inscrire en faux au besoin : ici, toutes les ressources permises pour réparer les fraudes, manquent entièrement au sieur Descamboux. On lui présente un acte qu'on dit être tiré d'un registre qui n'existe même pas aux yeux de la loi. Le sieur *Blanc* dit, il est vrai, qu'il en est le dépositaire, mais il offre sa signature et se cache. — De plus, cet acte n'est pas même signé d'une des parties contractantes. Qui nous assurera qu'il n'a pas été glissé dans le registre par une main infidèle, intéressée à l'y retrouver ? — La déclaration du 11 décembre 1685 s'explique ainsi : *Nous aurions, par notre édit du mois d'octobre dernier, interdit à toujours l'exercice de la religion prétendue réformée dans notre royaume, en conséquence duquel les temples qui restaient ayant été démolis, et les consistoires où se tenaient les registres de leur décès, supprimés, le défaut desdits registres*, etc. Leurs registres sont donc supprimés, anéantis ; quelle authenticité peuvent-ils avoir, étant en outre signés par une main proscrite ? — Un arrêt rendu en 1780, à la seconde chambre des enquêtes du parlement de Toulouse, rejeta formellement un extrait pareil, signé *de Serres*, pasteur, qui déclarait avoir béni le mariage de Pierre Pastourel et de Marie Deduc. — Mais en supposant avec le sieur de Burlats, que *Blanc*, revêtu d'une qualité suffisante, ait pu délivrer un extrait en forme de ce prétendu registre, qu'au mépris de toutes les lois, on puisse admettre tout ce que déclare ce certificat ; ouvrons-le : que nous enseigne-t-il ? que le 27 août 1761, le sieur Hugonin Descamboux et la demoiselle de Bayard se sont rendus auprès du ministre *Gardes*, qui a béni solennellement leur mariage. En adoptant cet extrait dans toute son étendue, peut-il anéantir l'idée qu'on est en droit d'avoir d'une célébration plus légale ? Le sieur Descamboux a fait bénir son mariage au désert : mais le sieur *Blanc* fera-t-il croire qu'après avoir commis par erreur cette première faute, ils n'ont pas été se jeter aux pieds d'un véritable ministre, et couvrir, par une célébration légitime, la tache dont ils avaient souillé leur union ? — On a renforcé la signature de *Blanc*, de celle du curé d'Angles, qui déclare n'avoir point trouvé, dans ses registres, des traces de la célébration du mariage du sieur Hugonin Descamboux avec la demoiselle de Bayard. Mais ne pouvait-il point avoir eu des dispenses pour épouser ailleurs ? Le curé d'Angles était-il le seul capable de leur administrer la bénédiction nuptiale ? le sieur Descamboux n'a-t-il pas pu, à l'exemple du sieur de Burlats, chercher un de ces ministres faciles, qui, au mépris de la religion et des lois, cimentent, par leur présence, des unions qu'ils devraient réprouver ? — Non, on doit le croire incapable de cette espèce de fausseté. Constant à suivre les règles dans son contrat de mariage et dans son testament, il leur a sûrement obéi dans une circonstance d'où dépendaient son état et l'existence de ses enfans. C'est ce qui sera cru jusqu'à ce que le sieur de Burlats ait rapporté des preuves évidentes du contraire. *Onus probandi incumbit actori.* Croit-il avoir satisfait à cette preuve que la loi exige si impérieusement, par la remise de ce certificat informe et illégal sous tous les points de vue ? — L'anéantissement du titre laisse donc reparaître la possession d'état, qui, ayant toutes les qualités requises, ne laisse plus de doute sur une question *déjà jugée sous le nom d'Etienne Salles.* — Devancez, messieurs (disait en finissant M. l'avocat général), devancez l'arrêt que vous allez rendre : soyez témoins de la douce émotion que va causer cette nouvelle de paix sur les cœurs du tiers de vos justiciables. Voyez avec quelle sensibilité ils contempleront ce nouveau rempart que vous opposez à l'avarice des collatéraux ; écoutez les bénédictions dont ils vont combler des magistrats, qui, en leur faisant goûter d'avance une tranquillité dont ils n'osaient se flatter encore, assurent par-là le triomphe de la justice, de la religion, des lois et de l'humanité ».

D'après ces conclusions, l'arrêt cité rejette de la cause l'extrait de célébration signé d'un ministre

Source : BIU Cujas

protestant, produit par le sieur de Burlats, et maintient le jeune Descamboux et la dame de Vales dans l'état d'enfans légitimes du sieur Descamboux et de la dame de Bayard.

Parlement de Bordeaux. Jacques Coureau et Susanne Candé, protestans, vécurent publiquement ensemble depuis 1713 jusqu'en 1730, et eurent cinq enfans. Ils demeuraient dans la paroisse d'Arvet en Saintonge, où la communauté est établie de droit entre les époux. Le curé de cette paroisse, homme d'un zèle outré, ne donnait jamais que la qualité de bâtard aux enfans qu'on lui présentait provenus de mariages non célébrés à l'église; et il en usa de même pour tous les enfans de Jacques Coureau et de Susanne Candé. — Jacques Coureau avait acquis en 1717 une maison et un jardin. En 1735, après la mort de Susanne Candé, il les revendit. Ne lui restant qu'une fille de son union avec Susanne Candé, il la maria le 10 décembre 1741, comme *sa fille légitime.* Toute la famille assista à ce mariage. Le contrat portait la qualité de fille légitime; l'acte de célébration la répétait. Le père constitua à sa fille tous les biens dont il jouissait en vertu de la puissance paternelle. La fille, devenue veuve, passa à de secondes nôces, sans l'assistance de son père, et toujours avec la qualification de fille légitime. — Son père mort, elle attaqua la vente qu'il avait faite en 1735. L'acquéreur lui contesta sa Légitimité. Susanne Coureau répondit qu'elle était légitime; pour toute preuve, elle produisit l'extrait baptistaire qui la déclarait bâtarde; mais elle y joignit la possession d'état de son père et de sa mère, et la sienne propre. — La position de Susanne Coureau paraissait donc bien défavorable; mais elle était née d'un père et d'une mère protestans; et c'en fut assez pour que le parlement de Bordeaux, jugeant son état par les principes paisibles qui servent aujourd'hui de guide à toutes les cours, condamnât l'acquéreur qui avait possédé près de trente ans sans contradiction, à lui délaisser la maison qu'elle revendiquait. — Cet arrêt a été rendu en 1777, au rapport de M. de Basquiat.

Parlement de Rouen. Par arrêt du 26 août 1760, rendu au rapport de M. Dufossé, entre le sieur Amauri et le sieur Jean Oursel de La Vellière, il a été jugé qu'un enfant né de parens protestans n'était point obligé de rapporter l'acte de célébration de mariage de son père et de sa mère, pour recueillir, comme parent, une succession collatérale. Cet enfant ne rapportait que leur contrat de mariage, et un extrait baptistaire assez fâcheux pour lui, puisque son père et sa mère y étaient qualifiés *se disant mariés.* Mais sa possession d'état, son émancipation faite de l'avis de sa famille, établirent suffisamment sa Légitimité et son droit de succéder.

Le 21 février 1775, autre arrêt du même parlement, rendu au grand rôle de la grand'chambre. David Houlson, riche protestant de Dieppe, avait épousé sa nièce, fille d'une de ses sœurs, aussi protestante. Elle avait été en pleine possession de son état, et reconnue par plusieurs des parens de son mari. Celui-ci mort, on contesta son état et celui de l'enfant sorti de ce mariage. — Elle ne rapportait point d'acte de célébration; et cependant on ne pouvait pas dire d'elle comme d'un enfant, qu'il n'est pas tenu d'avoir dans ses mains le titre d'autrui; l'acte de célébration eût été son titre à elle-même. La qualité de nièce donnait lieu à une autre difficulté; car il était clair qu'elle n'avait point eu de dispense, son mari et elle étant protestans. Mais l'impossibilité a fait taire la loi; et par l'arrêt cité, les collatéraux ont été déclarés non-recevables, d'après la seule possession d'état de la mère et de l'enfant, sans aucune representation d'acte de célébration.

Parlement de Provence. Antoine Pelisse, protestant d'Allan en Provence, épouse, en 1743, Marie Chastel au désert. Trois garçons naissent de ce mariage. Le prêtre rédacteur énonce, dans leurs actes baptistaires, qu'ils sont *nés d'un mariage célébré au désert.* Un parent maternel vient demander au *bureau charitable* d'Aix, un défenseur pour réclamer en son nom la succession de leur mère, comme morte sans enfans légitimes. Le bureau charitable le refuse, et trouve que la possession d'état est une défense suffisante pour les enfans, malgré les énonciations de leurs actes baptistaires. Tous les autres avocats d'Aix lui refusent également leur ministère; et par arrêt du 18 février 1782, rendu par défaut à l'audience du grand rôle (ce qui équivaut à un arrêt contradictoire), ce collatéral, qui ne peut pas trouver un seul défenseur, est déclaré tout à la fois non recevable et mal fondé, et condamné aux dépens.

Parlement de Flandre. Cette grande et tutélaire vérité que la certitude morale qu'un mariage quelconque a existé aux yeux de l'Être suprême, est aujourd'hui un rempart inébranlable contre l'avidité des collatéraux, et que les formes établies pour prévenir un coupable concubinage, ne doivent pas être employées comme des armes meurtrières pour égorger les enfans dans les bras de leurs pères et de leurs mères; cette vérité si digne d'une magistrature éclairée et sensible, a triomphé au parlement de Douai de la manière la plus touchante. On ne peut voir sans attendrissement l'arrêt solennel dont cette cour a honoré les fastes de la nation.

Dans les villages d'Inchy-Beaumont, Quiévy, Elincourt, Serain, Caudry, Walincourt, et Selvignie en Cambresis, vivaient, en 1778, *cent quatre chefs* de famille protestans; ils élevaient leurs enfans en sujets fidèles, respectaient l'ordre public, payaient exactement les impôts, enrichissaient leur pays par leurs travaux et ceux de leurs enfans: mais n'ayant point de forme bien certaine encore pour leurs mariages, ils s'étaient fait marier par des ministres de Tournai ou de Saint-Quentin. — De la notoriété publique de leurs mariages en forme protestante, les curés, suivant l'abus d'a-

Source : BIU Cujas

lors, si justement réprouvé aujourd'hui par la déclaration du 12 mai 1782, avaient pris droit de qualifier, dans les actes baptistaires, leurs enfans d'*illégitimes*. — Cette proscription universelle remplissait le pays de désolation et de terreur. Les puissances voisines appelaient dans leur sein ces hommes utiles, si long-temps persécutés parmi nous. Ils n'avaient qu'un pas à faire pour être en terre étrangère. — Mais ce pas aurait trop coûté à des cœurs français. Ils osèrent ne désespérer ni de leur patrie, ni de la justice de leurs magistrats, ou, pour mieux dire, de leurs pères. Ils se réunirent tous courageusement dans une requête commune au parlement de Douai; et se fondant uniquement sur leur possession d'état, ils y demandèrent la réformation, sur les registres, de ces taches de bâtardise imprimées à leurs malheureux enfans. — Le 21 décembre 1778, arrêt qui ordonne contradictoirement avec le ministère public, « que pardevant les échevins de Cambrai, que la cour commet à cet effet, et à la requête des supplians joints à eux, le prévôt de ladite ville (partie publique à Cambrai), les pères, mères, parrains et marraines, actuellement existans, des supplians, et en cas de décès d'aucuns d'eux, les plus proches parens desdits enfans seront appelés et convoqués pour faire et signer leurs déclarations des jours des naissances desdits enfans, des noms qui leur ont été donnés, et de ceux de leurs pères et mères, et de celui qui leur aura administré le baptême, et en conséquence être lesdits actes de baptême réformés en ce qui sera contraire auxdites déclarations, sur les doubles des registres de baptême des paroisses d'Inchy, etc., et rédigés conformément aux déclarations qui seront faites par lesdits pères et mères, parrains et marraines, et à leur défaut, et au cas de décès, par lesdits plus proches parens : à l'effet de quoi, les doubles des registres de baptême, étant en la possession des curés desdites paroisses, seront apportés et déposés au greffe échevinal dudit Cambrai, chacun en droit soi, dans trois jours, etc. A ce faire seront lesdits curés, et tous autres dépositaires desdits registres contraints par toutes voies, de tout quoi seront dressés procès-verbaux par le commissaire desdits échevins commis à cet effet, et expédition d'iceux jointes à chacun des doubles desdits registres, pour y avoir recours au besoin, et en être délivré des extraits aux parties intéressées, et requérantes ».

[[Cette jurisprudence, aussi humaine que politique, a enfin amené l'édit du mois de novembre 1787. Les dispositions de cette loi se placeront naturellement sous le mot *Religionnaire*; mais son préambule appartient à cet article : — « Lorsque Louis XIV (y est-il dit), défendit solennellement dans tous les pays et terres de son obéissance, l'exercice public de toute autre religion que la religion catholique, l'espoir d'amener ses peuples à l'unité si désirable du même culte, soutenu par de trompeuses apparences de conversions, empêcha ce grand roi de suivre le plan qu'il avait formé, dans ses conseils, pour constater légalement l'état civil de ceux de ses sujets qui ne pouvaient pas être admis aux sacremens de l'église. A l'exemple de nos augustes prédécesseurs, nous favoriserons toujours de tout notre pouvoir, les moyens d'instruction et de persuasion qui tendront à lier tous nos sujets par la profession commune de l'ancienne foi de notre royaume, et nous proscrirons avec la plus sévère attention, toutes ces voies de violence, qui sont aussi contraires aux principes de la raison et de l'humanité, qu'au véritable esprit du christianisme. Mais en attendant que la divine Providence bénisse nos efforts et opère cette heureuse révolution, notre justice et l'intérêt de notre royaume ne nous permettent pas d'exclure plus long-temps, des droits de l'état civil, ceux de nos sujets ou des étrangers domiciliés dans notre Empire, qui ne professent point la religion catholique. Une assez longue expérience a démontré que ces épreuves rigoureuses étaient insuffisantes pour les convertir : nous ne devons donc plus souffrir que les lois les punissent inutilement du malheur de leur naissance, en les privant des droits que la nature ne cesse de réclamer en leur faveur. Nous avons considéré que les protestans, ainsi dépouillés de toute existence légale, étaient placés dans l'alternative inévitable, ou de profaner les sacremens par des conversions simulées, ou de compromettre l'état de leurs enfans, en contractant des mariages frappés d'avance de nullité par la législation de notre royaume. Les ordonnances ont même supposé qu'il n'y avait plus que des catholiques dans nos États, et cette fiction, aujourd'hui inadmissible, a servi de motif au silence de la loi, qui n'aurait pu reconnaître en France de prosélytes d'une autre croyance, sans les proscrire des terres de notre domination, ou sans pourvoir aussitôt à leur état civil. Des principes si contraires à la prospérité et à la tranquillité de notre royaume, auraient multiplié les émigrations, et auraient excité des troubles continuels dans les familles, si nous n'avions pas profité provisoirement de la jurisprudence de nos tribunaux, pour écarter les collatéraux avides qui disputaient aux enfans l'héritage de leurs pères. Un pareil ordre de choses sollicitait depuis long-temps notre autorité de mettre un terme à ces dangereuses contradictions entre les droits de la nature et les dispositions de la loi. Nous avons voulu procéder à cet examen avec toute la maturité qu'exigeait l'importance de la décision. Notre résolution était déjà arrêtée dans nos conseils, et nous nous proposions d'en méditer encore quelque temps la forme légale; mais les circonstances nous ont paru propres à multiplier les avantages que nous espérons recueillir de notre nouvelle loi, et nous ont déterminés à hâter le moment de la publier. S'il n'est pas en notre pouvoir d'empêcher qu'il n'y ait différentes sectes dans nos Etats, nous ne souffrirons jamais qu'elles puissent y être une source de discorde entre nos sujets. Nous avons pris les mesures les plus efficaces pour prévenir de funestes

Source : BIU Cujas

associations. La religion catholique que nous avons le bonheur de professer, jouira seule, dans notre royaume, des droits et des honneurs du culte public, tandis que nos autres sujets non catholiques, privés de toute influence sur l'ordre établi dans nos États, déclarés d'avance et à jamais incapables de faire corps dans notre royaume, soumis à la police ordinaire pour l'observation des fêtes, ne tiendront de la loi que ce que le droit naturel ne nous permet pas de refuser, de faire constater leurs naissances, leurs mariages et leurs morts, afin de jouir, comme tous nos autres sujets des effets civils qui en résultent... ».

Tels furent les motifs de cette loi célèbre, que l'on peut regarder comme « la première pierre de cette législation plus parfaite, qui, aujourd'hui, laissant en paix les consciences, laissant à chacun sa croyance, ses dogmes et son culte, voit d'un œil égal tous les hommes, et n'exige d'eux que l'obéissance du citoyen (1) ». *V. État civil* et *Naissance* (*Acte de*).]]

SECTION II. *Des circonstances qui peuvent prouver ou faire présumer légalement qu'un enfant est né d'un mariage qui existe.*

« Quoique rien ne soit plus important à l'homme que la connaissance de son état, il faut avouer néanmoins qu'il n'y a rien qui lui soit plus caché. Sa naissance et son origine, sa qualité de fils et de fils légitime, sont autant de mystères dont il semble que la nature lui refuse la preuve. C'est en vain qu'il cherche à s'en assurer absolument : personne, comme a dit le plus ancien des poëtes, ne peut connaître son père, encore moins le prouver aux autres. Ce serait donc inutilement qu'on chercherait des preuves véritables, des preuves certaines et authentiques, dans un sujet qui n'admet tout au plus que des conjectures, des présomptions, des probabilités. Ce qui décide de la naissance des hommes, n'est point le degré de certitude, mais le degré de vraisemblance ; et lorque cette vraisemblance est appuyée sur la loi, approuvée par les sentimens des docteurs, confirmée par l'autorité des choses jugées, elle acquiert le nom et la force de présomption légitime ; et on la considère, pour ainsi dire, comme une faible lueur de la vérité, qui tient lieu de lumière à ceux qui marchent dans les ténèbres ».

Ainsi parlait M. d'Agnesseau dans une cause où il avait à examiner si l'état que reclamait un enfant désavoué par le mari de sa mère, était vraiment celui dans lequel la nature l'avait fait naître.

Ne cherchons donc point ici de ces preuves claires et démonstratives que la loi demande dans les matières ordinaires, et contentons-nous des présomptions qu'elle autorise.

La première et la plus considérable est celle qu'on tire du mariage. Lorsque la mère est connue, et qu'elle est mariée, son mari est regardé comme le père de l'enfant qu'elle met au monde, *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, dit la loi 5, D. *de in jus vocando*. [[« L'enfant conçu pendant le mariage (dit également l'art. 312 du Code Napoléon), a pour père le mari ».]] — Cette maxime est regardée comme le fondement le plus solide de l'état des hommes, comme le lien le plus sacré de la société ; c'est la religion, c'est la dignité du mariage, c'est l'honnêteté publique qui l'a dictée : mais pour distinguer exactement les cas auxquels on doit l'appliquer, de ceux qu'il faut au contraire excepter de sa disposition, il est à propos de la considérer sous trois faces, c'est-à-dire, 1° par rapport aux enfans nés au commencement du mariage : 2° par rapport aux enfans conçus et nés pendant le mariage : 3° par rapport aux enfans nés après la dissolution du mariage.

§. I. *Des enfans nés au commencement du mariage.*

I. L'état d'un enfant qui naît au commencement d'un mariage, dépend de la date précise de sa naissance : et il faut à cet égard, distinguer le cas où il se serait écoulé plus de six mois, suivant quelques uns, et, suivant d'autres, sept mois complets, entre la célébration et l'accouchement de la mère, de celui où il n'y aurait pas eu autant d'intervalle entre l'une et l'autre époque.

II. Dans le premier cas, l'enfant est réputé légitime, parcequ'un enfant peut vivre dès qu'il est entré dans le septième mois de sa conception, ou, suivant quelques uns, dans le huitième.

Pourquoi cette incertitude entre le septième et le huitième mois? C'est qu'il existe dans le droit romain, deux textes dont l'un est pour celui-ci, l'autre pour celui-là, et qu'il n'est pas bien décidé lequel des deux doit, sur cette matière, être cru plutôt que l'autre.

D'un côté, la loi 11, D. *de statu hominum*, fixe à sept mois l'intervalle qui doit se trouver entre le mariage et l'accouchement, pour que l'enfant soit légitime : *Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis : et ideò credendum est eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.*

On prétend, il est vrai, que cette loi ne doit pas être entendue de sept mois pleins, mais seulement de sept mois commencés. Mais il est certain qu'elle entend sept mois pleins et révolus ; et quoique cette circonstance n'y soit pas exprimée, on doit nécessairement l'y suppléer, par deux raisons tranchantes. — 1° Parceque le jurisconsulte Paul, auteur de cette loi, déclare lui-même, dans le quatrième livre de ses sentences, que les sept mois doivent être pleins : *Septimo mense natus matri prodest ; ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno, aut decimo mense partus maturior videatur.* — 2° La loi s'autorise du sentiment d'Hippocrate, *propter auctoritatem doctissimi Hippocratis*, et il est prouvé qu'Hippocrate exige les sept mois pleins.

(1) Éloge de M. Target, prononcé à l'audience de la cour de cassation, le 13 août 1807, par M. le premier président Muraire, page 13.

Source : BIU Cujas

D'un autre côté, la loi 3, §. 12, D. *de suis et legitimis heredibus*, qui est tirée des écrits d'Ulpien, décide absolument le contraire, en ce qu'elle n'exige que cent quatre-vingt-deux jours, c'est-à-dire, six mois et deux jours, de distance entre le mariage et la naissance. *De eo autem qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit justo tempore videri natum.*

Assurément, voilà une contradiction manifeste entre les deux lois, puisque l'une exige sept mois pleins, et l'autre seulement deux jours sur le septième mois.

Mais ce qui est plus étrange encore, c'est que cette dernière loi s'appuie aussi de l'autorité d'Hippocrate : *Hippocrates scripsit.....*

Hippocrate cependant n'a pas avancé les deux propositions contraires, et il y a nécessairement une des deux lois qui le cite mal à propos.

Quoi qu'il en soit, reste toujours la question de savoir à laquelle de ces deux lois il faut s'arrêter.

Et il y a plusieurs préjugés en faveur de celle d'Ulpien. Par exemple, Carpzovius, dans sa *jurisprudence consistoriale*, rapporte un jugement du consistoire de Saxe, du 27 février 1635, qui déclare légitime l'enfant d'un ministre né dans le septième mois, et ordonne au père de le reconnaître pour tel, avec défenses de le troubler à l'avenir dans cet état.

La première raison sur laquelle on s'est fondé pour juger de la sorte, est que la contrariété des deux lois rendant aux jurisconsultes la liberté d'opinion, il est juste de s'en tenir à la maxime générale, qui veut qu'en matière favorable, l'année commencée soit réputée pour révolue : *Annus inceptus, pro completo habetur.*

La seconde raison est que le jurisconsulte Paul, en exigeant le terme de sept mois pleins, donne une raison puérile de sa décision. C'est, dit-il, en l'honneur du nombre sept, précieux à Pythagore: *Ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere.* On sait en effet combien ce nombre merveilleux influait, chez les anciens, sur les opérations les plus importantes : mais aujourd'hui que la science des nombres a perdu tout son crédit, on ne s'avise plus de la consulter sur une question de droit, et l'on rejette avec mépris une décision fondée sur une pareille chimère.

Au surplus, ce serait en vain qu'on tenterait de concilier avec ce sentiment le texte même qui le combat, c'est-à-dire, la loi 11, D. *de statu hominum.* — On dit, à la vérité, que cette loi n'ayant point exprimé la circonstance de sept mois accomplis, on ne doit pas l'y suppléer. Mais, par la même raison, la loi n'ayant pas exprimé la circonstance de sept mois commencés, il faudrait donc aussi se garder de la supposer. — Il semble d'ailleurs que pour parvenir à l'éclaircissement dont on a besoin sur cette loi, il n'y a point de parti plus naturel que de recourir à l'auteur, c'est-à-dire, aux sentences de Paul, dans lesquelles a été puisé le texte dont il s'agit.

On opposerait inutilement l'autorité, ou plutôt le silence de Tribonien et de ses collaborateurs.

D'abord, on ne raisonne point contre un fait; et un fait certain ici, c'est que Paul, dans le livre 4 de ses *sentences*, exige sept moins pleins. Tribonien a-t-il eu tort ou raison de tronquer le passage de Paul? Ce n'est pas la question à décider; mais seulement si Paul a dit ou n'a pas dit qu'il fallait sept mois complets.

En second lieu, il serait étrange qu'on alléguât la réticence de Tribonien comme un moyen décisif. Ignore-t-on ce qu'on doit penser de ce compilateur, qui, travaillant à la hâte, a tronqué plusieurs des décisions qu'il amassait sans ordre et sans goût?

Au surplus, veut-on une preuve sans réplique que Tribonien et le faible empereur qui employait ses travaux, avaient pour le nombre *sept* ce respect superstitieux sur lequel est fondée la décision de Paul dans le livre 4 de ses sentences? On trouvera cette preuve dans ce passage du titre *de veteri jure enucleando*, au Code : *in septem partes digressimus* (nous avons divisé notre ouvrage en sept parties), *non perperàm, neque sine ratione; sed in numerorum naturam et artem respicientes, et consentaneam eis divisionem partium conficientes.*

L'antinomie est donc bien constante. Mais, comme nous l'avons dit, le choix reste libre entre les deux lois; et celle qui se contente de six mois et deux jours, a prévalu dans la jurisprudence.

Quelques uns ont prétendu mettre une différence entre l'enfant qui naît dans le septième mois, et celui qui ne voit le jour que dans le huitième : convenant de la Légitimité du premier, ils ont soutenu que le second doit être regardé comme bâtard, parceque, disaient-ils, si c'était au mariage qu'il dût sa conception, il ne pourrait pas vivre. Cette erreur, dont tous les médecins sont désabusés depuis longtemps, a encore occasionné dans notre siècle un procès dont voici l'espèce.

Marie Engel, fille d'un bourgeois de Landau en Alsace, épousa, le 13 février 1713, le nommé Jean-Jacques Kintzelbach, boulanger dans la même ville. Le 10 octobre suivant, sept mois et vingt-sept jours après leur mariage, elle accoucha d'un fils que le mari ne voulut pas reconnaître, sur ce qu'une sage-femme lui avait dit que le terme de l'accouchement devait être juste au septième ou au neuvième mois. Son refus devint une source de procédures entre lui et sa femme : enfin la cause portée au conseil supérieur de Colmar, M. l'avocat général de Corberon dit que si jamais il y avait eu une question commune, usée et rebattue, c'était celle dont il s'agissait; qu'elle avait été proposée tant de fois, tournée en tant de façons, et toujours décidée d'une manière si uniforme, qu'on ne pourrait traiter de nouveau sans se rendre fastidieux. « Est-il quelqu'un (ajouta ce magistrat), qui ignore la maxime *pater is est quem nuptiæ demonstrant?* Pouvons-nous perdre de vue la faveur qu'on doit,

Source : BIU Cujas

dans le doute, à l'enfant? Qui peut assurer l'appelant, dans le fait particulier, que celui qu'il refuse de reconnaître, n'a point été conçu depuis son mariage avec l'intimée, et qu'ainsi il ne soit pas né dans le septième mois, à compter du jour de la conception, temps auquel les physiciens décident que l'enfant peut vivre? Le temps de l'accouchement, comme celui de la conception, est un secret impénétrable à tout autre qu'à l'auteur de l'univers; c'est où échoue toute la prudence humaine; c'est où la nature, par la bizarrerie de ses effets, se joue des raisonnemens de la philosophie, et se plaît à en confondre les subtilités. Il n'est pas étonnant que, sur cette matière, de simples présomptions, favorables à la Légitimité, aient servi de règle. De quel droit l'appelant prétend-il s'affranchir d'une loi commune à tous les temps et à toutes les nations, et se révolter contre celle de toutes les maximes la plus certaine et la plus inviolable? Pourquoi admettrait-on en sa faveur des faits dont en pareil cas la preuve a toujours été rejetée»? — Sur ces réflexions, arrêt est intervenu le 27 juin 1722, qui a ordonné que Kintzelbalch reconnaîtrait pour son fils l'enfant né de son mariage; qu'à cet effet, il signerait le registre des baptêmes, en qualité de son père; et qu'en conséquence il lui fournirait ses alimens, tant pour le passé que pour l'avenir.

[[Le Code Napoléon décide implicitement, art. 314, que la règle *pater est quem nuptiæ demonstrant*, est applicable à l'enfant qui naît le cent quatre-vingtième jour du mariage. *V.* le n° suivant.]]

III. A l'égard de l'enfant qui naît avant le septième mois de la célébration du mariage, il faut sous-distinguer.

Ou il naît à une époque assez éloignée du septième mois, pour qu'il soit constant qu'il ne serait point viable, s'il était le fruit du mariage; ou sa naissance se rapproche assez du septième mois, pour qu'il y ait des doutes sur ce fait.

IV. Dans la première hypothèse, il est certain que, dans la thèse générale, le mari n'est pas obligé de le reconnaître. «En effet, (dit M. d'Aguesseau), si nous examinons quelle est la force et l'effet de cette présomption (*pater est, etc.*), nous trouverons qu'elle ne peut jamais être entièrement décisive que pour ceux qui, non seulement sont nés, mais qui sont conçus dans le mariage. La loi ne présume jamais le crime; toujours favorable à l'innocence, quand un même effet peut avoir deux causes, l'une injuste, l'autre juste et légitime, elle rejette absolument la première, pour s'attacher à la dernière..... C'est donc le nom et la dignité du mariage, la cohabitation publique et constante, la présomption toujours favorable et à l'innocence et à l'état des enfans, qui forment cette première espèce de preuve. Mais de vouloir lui donner un effet rétroactif, de prétendre qu'il suffise d'être né dans le mariage, et que ce nom sacré pourra servir d'un voile favorable qui couvrira même ce qui s'est passé dans un temps où toutes les présomptions cessaient, où l'on ne pouvait alléguer encore ni la force d'un engagement solennel, ni la longueur d'une cohabitation certaine, où enfin la loi ne pouvait rien présumer d'innocent, parceque tout était également coupable; ce serait abuser manifestement des termes de la maxime commune, *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, et lui faire perdre sa véritable application, en voulant lui donner une étendue qu'elle n'a pas».

Ces maximes sont conformes à la jurisprudence de tous les tribunaux.

Expilly rapporte un arrêt du parlement de Grenoble de 1605, qui a jugé qu'un enfant né dans le sixième mois après le mariage, n'était pas légitime.

Du Fief fait mention d'une sentence du 3 mars 1626, rendue à l'officialité métropolitaine de Malines, *sur l'intervention de quatre ou cinq conseillers du grand conseil, dont il était un*, qui déclare illégitime et incapable de succéder au mari de sa mère, un enfant dont celle-ci était accouchée dans le sixième mois de son mariage, quoique le mari l'eût laissé baptiser sous son nom, *pour éviter le désagrément et le blâme de sa famille.*

Il y a dans le Recueil de Bardet, un arrêt du parlement de Paris, du 21 juin 1638, par lequel un enfant né quatre mois après le mariage, a été jugé bâtard. Dans cette espèce, le mari, aussitôt après l'accouchement de sa femme, avait rendu plainte et obtenu monitoire pour découvrir l'auteur de la grossesse prématurée; et la femme avait été déclarer le nommé André Locherin. C'est ce qui a fait dire à M. l'avocat général Bignon, portant la parole dans cette cause, que l'enfant dont il s'agissait, portait le vice de sa naissance sur le front.

Basnage rapporte un arrêt du parlement de Rouen qui préjuge la même chose. «Une femme, (dit-il), étant accouchée deux mois après son mariage, elle déclara, dans les douleurs de son accouchement, que son enfant n'appartenait point au nommé Mulot, son mari, mais qu'il était des œuvres d'un nommé Carville, chez qui elle avait demeuré, et qui l'avait forcée dans un bois: et en effet, elle fit porter l'enfant chez Carville, qui mit en action Mulot pour le faire condamner en ses intérêts, et à reprendre son enfant. Le juge avait reçu la femme à faire preuve des faits de violence, et ordonné que Carville se chargerait, par provision, de l'enfant. Sur l'appel de Carville..., par arrêt du 27 de janvier 1682, la sentence fut cassée, et la femme chargée de l'enfant». — On voit que cet arrêt a ordonné que l'enfant demeurerait à la charge, non du mari, quoiqu'il fût en cause, mais de la femme, et a décidé que le mari n'était pas obligé de le reconnaître.

On trouve dans le recueil déjà cité de Bardet, un arrêt du 18 mai 1632, qui admet un mari *à prouver que l'enfant né quatre mois et demi après son mariage, est du fait du maître où sa femme demeu-*

Source : BIU Cujas

rait servante domestique, et par provision condamne ce maître à le nourrir. Le mari n'avait intérêt de faire cette preuve, que pour charger l'ancien maître de sa femme de l'enfant dont il était question; car il ne lui fallait ni titres ni témoins pour faire voir que cet enfant ne lui appartenait pas: la prématurité de l'accouchement le prouvait assez.

Il peut cependant se rencontrer certaines circonstances où les présomptions qui militeraient contre le mari, suffiraient pour le faire juger père de l'enfant, s'il ne les détruisait point par une preuve contraire.

C'est l'espèce d'un arrêt du 12 juillet 1666, qui est rapporté au Journal des audiences. — Julien Neyriet avait épousé Mathurine Cotolleau; s'étant aperçu de sa grossesse, il l'avait renvoyée chez son père et sa mère; et là, elle était accouchée, quatre mois après le mariage, d'un garçon qu'elle avait fait baptiser sous le nom de Jean Neyriet, fils de Julien Neyriet et de Mathurine Cotolleau. Peu de temps après, son mari l'avait reprise et avait vécu avec elle plus de trente-trois ans, pendant lesquels il en avait eu plusieurs enfans: mais il n'avait jamais reçu dans sa maison celui qui était né dans les quatre premiers mois. Après son décès, il s'éleva une contestation sur l'état de ce dernier. — Les enfans reconnus pour légitimes, lui contestèrent le droit de partager avec eux la succession paternelle. La mère elle-même se joignit à eux, et soutint qu'il était bâtard. — La cause portée à l'audience de la la grand'chambre, sur l'appel interjeté par les enfans reconnus, d'une sentence qui appointait les parties en droit, « M. Talon a dit que l'intimé devait être réputé l'enfant du défunt, parcequ'il ne suffisait pas que le défunt l'eût exclu de sa maison, et que venant dans son mariage, il devait se plaindre en justice, faire informer, et obtenir jugement qu'il ne serait point réputé son fils, n'ayant pas pu se faire justice à lui-même: que ne demeurant qu'à deux ou trois lieues du lieu où sa femme avait accouché, il devait s'informer si le baptistaire n'était point sous son nom; ainsi, qu'il croyait y avoir lieu de mettre l'appellation et ce dont était appel au néant; émendant, évoquant le principal, maintenir l'intimé en la qualité d'enfant légitime de Julien Neyriet, et en conséquence ordonner qu'il viendrait à partage suivant la coutume ». — Ces conclusions n'ont point été suivies: par l'arrêt cité, la cour, avant faire droit, a ordonné que les parties articuleraient plus amplement leurs faits, et qu'elles en feraient preuve devant le juge des lieux; et cependant, par forme de provision, a adjugé à l'intimé une somme de 100 liv. à prendre *sur les biens de la mère seulement.*

Cet arrêt préjuge qu'un enfant né hors de la maison conjugale, dans les six premiers mois d'un mariage, ne peut pas, du vivant et nonobstant le désaveu de sa mère, faire valoir comme une preuve de paternité le silence que le mari de celle-ci a gardé, soit par ménagement pour sa femme, soit par amour pour la paix, soit par la crainte de s'exposer à la risée du public. Dans une telle circonstance, le seul refus de recevoir l'enfant dans sa maison, et de le traiter en père, forme pour le mari et ses héritiers un titre assez puissant de l'illégitimité de cet enfant.

Il serait cependant plus sûr pour le mari de réclamer de son vivant; et s'il joignait à sa réclamation la preuve de faits propres à rendre suspecte la conduite tenue par sa femme avant qu'il l'épousât, il ne pourrait pas manquer d'être écouté favorablement. « La cour a jugé (dit Denizart), par un arrêt célèbre rendu à la grand'chambre le 12 mars 1742, que lorsque la femme accouche d'un enfant dont la conception se réfère nécessairement à un temps antérieur au mariage, le mari peut le méconnaître; qu'il est recevable à prouver que l'enfant n'est point de lui, et que la femme vivait alors en mauvais commerce avec d'autres. Dans cette espèce, le sieur Bonnaffé, demeurant à Clermont-Ferrant, arriva à Aurillac le 1er décembre 1736, pour épouser la demoiselle de Lorut, qu'il ne connaissait pas encore; et le 23 du même mois, le mariage fut célébré. Le 28 mai 1737, c'est-à-dire, cinq mois et quatre jours après le mariage, la dame Bonnaffé accoucha d'un enfant qui ne paraissait point d'une naissance prématurée. Cet enfant fut méconnu par le mari; et cette méconnaissance donna lieu à la question de savoir si le mari pouvait être admis à prouver le mauvais commerce de sa femme, antérieurement à son mariage et au temps de la conception de l'enfant qui venait de naître. Le mari mourut après avoir intenté son action; son héritière reprit l'instance, et fut admise à la preuve par sentence des juges d'Aurillac, confirmée par arrêt du 12 mars 1742 ».

Nous avons dit qu'il peut se rencontrer certaines circonstances où le mari doit être présumé le père de l'enfant dont sa femme accouche dans les six premiers mois. — « Par exemple, dit M. d'Aguesseau, supposons qu'un jeune homme ait eu quelque familiarité suspecte avec une fille, tous deux libres, tous deux en état de s'engager dans les liens du mariage; supposons qu'ils se marient ensuite, et que la naissance d'un fils, suivant de trop près la célébration du mariage, donne lieu à une question d'état, dans laquelle il s'agisse de savoir de qui il sera présumé fils. — Si le mariage était antérieur au temps de la conception, la loi le donnerait au mari sans aucune difficulté, par une présomption légitime. — Si au contraire il n'y avait jamais eu de mariage entre les deux parties, alors on chercherait les preuves de la fréquentation; et si ces preuves étaient concluantes, elles décideraient la question par une simple conjecture probable. — Mais s'il se trouve en même temps et une fréquentation dans le temps de la conception, et un mariage contracté dans le temps de la naissance, ne peut-on pas dire que ces deux faits réunis ensemble, forment une présomption moins forte, à la vérité, que la première, parcequ'elle n'est pas absolument fondée sur le mariage, mais aussi beaucoup plus

Source : BIU Cujas

puissante que la seconde, parcequ'elle n'est pas appuyée uniquement sur la fréquentation, et que le mariage qui l'a suivie, lui donne un degré de force, d'évidence et d'autorité à laquelle il paraît presque impossible de résister »?

Telles sont les réflexions que M. d'Aguesseau proposait dans une cause dont elles formaient les raisons de décider, et qu'il ne sera pas inutile de retracer ici.

Le 20 janvier 1686, Alexandre Delastre, demeurant à Amiens, épouse Marie-Marguerite Courtois. Le 23 février 1689, une sage-femme apporte à la paroisse des deux époux, un enfant âgé de trois ans. Elle déclare le jour de sa naissance, et le fait baptiser sous le nom d'Alexandre Delastre. Le mari demeure deux ans dans la paix et le silence. En 1691, la femme se pourvoit en séparation de biens; le mari se défend; le juge d'Amiens les appointe à faire preuve. Au milieu de l'instruction, au mois d'août 1693, le mari présente au lieutenant criminel d'Amiens, une requête par laquelle il expose qu'il y a plus de sept années qu'il est marié; que depuis ce temps, il n'a jamais eu d'enfant; que Marie Courtois, sa femme, en a souvent témoigné du déplaisir; que cependant il a été surpris d'apprendre qu'on a voulu lui en supposer un; qu'en effet, il a trouvé sur le registre des baptêmes de la paroisse de Saint-Jacques, un acte par lequel il paraît qu'on y a baptisé un enfant sous son nom; qu'on y fait naître cet enfant trois mois après son mariage; qu'on y donne Alexandre Delamarre pour parrain, et Marguerite Verret pour marraine; qu'on y déclare que le père était absent: et attendu, dit-il, que toutes ces énonciations sont des calomnies et des fausseté insignes, il demande permission d'en informer. — Il obtient cette permission; on informe. Sa femme se pourvoit au parlement de Paris; et demande à prouver, 1° qu'elle est accouchée d'un fils trois mois après son mariage; 2° qu'elle est accouchée dans la maison de son mari, en sa présence, sous ses yeux; 3° que c'est lui qui a été chercher l'eau pour baptiser l'enfant; 4° qu'il a témoigné par ses soins paternels, qu'il en était le père: et qu'enfin, malgré les précautions qu'il a prises pour cacher la naissance de son fils, la vérité a vaincu tous les obstacles, et toute la ville a su et publié en même temps et la vérité de l'accouchement et l'existence certaine d'un enfant. — Le mari, au contraire, soutient les mêmes faits qu'il avait articulés par sa plainte. — Dans cet état, arrêt intervient à la tournelle, le 13 août 1694, qui, pour assurer la vérité des faits allégués de part et d'autre, ordonne qu'il en sera informé par le lieutenant criminel d'Amiens. — Les informations ont été faites, et il est résulté de celle de la femme, qu'Alexandre Delastre l'avait connue et fréquentée assidûment six mois avant de l'épouser; qu'il avait été instruit de sa grossesse avant cette époque; qu'il s'en était même servi pour obtenir le consentement de sa mère; que c'était sous ses yeux qu'elle était accouchée trois mois après le mariage; qu'il avait été lui-même chercher l'eau pour baptiser l'enfant; qu'il l'avait vu emporter par sa servante; qu'il l'avait été voir chez la nourrice; qu'il l'avait fait souvent venir chez lui; qu'il l'avait fait manger à sa table; qu'enfin il avait consenti qu'on le baptisât solennellement sous son nom. — L'information du mari présentait plusieurs faits, dont le plus important était, que sa femme avait tenu plusieurs discours qui faisaient croire que le nommé Romainville était le père de l'enfant, et que ce Romainville avait confirmé son témoignage. Mais d'abord l'état d'un enfant ne dépend point, comme on le verra ci-après, des déclarations de son père et de sa mère. 2° La femme avait tenu ces propos dans un temps où elle était irritée contre son mari, et où par conséquent elle pouvait pousser le désir de le déshonorer jusqu'au point de se déshonorer elle-même. 3° Romainville était lui-même offensé de ce que ses recherches avaient été rejetées, et de ce qu'on lui avait préféré Delastre; d'ailleurs il s'était rétracté. — Sur toutes ces circonstances, arrêt du 16 juillet 1695, qui conformément aux conclusions de M. d'Aguesseau, ordonne à Alexandre Delastre de reconnaître l'enfant dont il s'agissait, pour son fils et légitime héritier.

Il a été rendu de nos jours quelques arrêts semblables.

En voici un du parlement de Douai. — Antoine Hallet, bourgeois d'Avesnes en Hainaut, épouse en 1766 Marie-Angélique Dequesnes. Trois ou quatre mois après le mariage (le 4 septembre de la même année), la femme est accouchée d'un enfant qu'elle a déclaré dès le lendemain, devant la famille assemblée par son mari, provenir des œuvres de Jean-Baptiste Piérart: le mari s'est pourvu au bailliage d'Avesnes le 28 novembre suivant, et a demandé acte de ce qu'il désavouait l'enfant auquel sa femme venait de donner le jour. Le juge a nommé pour tuteur à cet enfant, Me Prisse, avocat. Antoine Hallet a fait inscrire par un notaire, au bas de l'acte de baptême, une protestation dans laquelle il a déclaré ne pas reconnaître l'individu qui en était l'objet. Jean-Baptiste Piérart est intervenu pour conclure à ce qu'il fût dit, qu'à tort et mal à propos on lui imputait la paternité de l'enfant dont il s'agissait. — Sentence du 26 octobre 1767, qui, en sursoyant à faire droit entre Antoine Hallet et le tuteur de l'enfant, admet le premier et Jean-Baptiste Piérart, à prouver les faits qu'ils articulaient respectivement. — Les enquêtes faites, sentence définitive du 1er décembre 1768, en ces termes: « Déclarons Etienne-Joseph fils légitime d'Antoine Hallet et de Marie-Angélique Dequesnes, son père et sa mère; ordonnons que l'acte de désaveu, inscrit sur le registre de baptême, sera rayé et biffé, et que la présente sentence sera inscrite, en présence du rapporteur, sur ledit registre; condamnons ledit Hallet et son épouse aux dépens....; et faisant droit sur le réquisitoire du procureur du roi, nous avons fait défense au curé de cette paroisse, ainsi qu'au

Source : BIU Cujas

notaire N....., et à tous autres, de faire et inscrire de pareils actes de désaveu sur les registres de baptême, sous les peines de droit..... ». Appel par Antoine Hallet et sa femme. Après une instruction contradictoire, arrêt du 12 août 1771, au rapport de M. Dupont de Castille, et sur les conclusions de M. le procureur général, qui confirme la sentence avec amende et dépens.

Le parlement de Paris a rendu un arrêt semblable dans l'espèce suivante. — Claude Lhéritier, meunier du moulin de Curgy, près d'Auxerre, épouse, le 18 janvier 1746, Marguerite Ravin, fille d'un laboureur de Chemilly, village distant de deux lieues de celui de Curgy. L'innocence semblait devoir être l'apanage commun de ces deux époux, élevés tous les deux sous un toit simple et rustique, et sur-tout dans un âge si rapproché de l'époque de leur puberté: le mari n'avait que dix-sept ans, et la femme dix-neuf. Tout annonçait, de part et d'autre, une inclination pure, et que le vice n'avait point souillée. Cependant ce mariage, contracté dans l'hiver de 1746, fut suivi, dès le printemps, d'un fruit malheureux, qui porta le trouble dans ce ménage champêtre. Le 28 mai de la même année, Marguerite Ravin accouche, dans la maison de son mari, d'un fils qui est porté à l'église de Curgy le même jour, et baptisé à onze heures du soir, sous le nom du mari; celui-ci refuse de signer l'acte et de recevoir l'enfant dans sa maison. Cette malheureuse victime est donc sortie de la maison maternelle pour n'y plus rentrer; et, marquée, dès le premier jour de sa vie, du sceau honteux de la bâtardise, elle n'a plus d'asile à attendre que dans les maisons élevées par la pitié publique. La nuit du même jour, il est porté à la porte de l'hôtel-dieu d'Auxerre, où il est trouvé et reçu le 29 mai, avec un billet contenant ces mots: *Jacques, qui est son nom, est baptisé hier* 1746. L'enfant est baptisé une seconde fois sous condition, et nommé *Jacques-Louis*. — Cependant le reproche et la désolation règnent dans la maison paternelle, et la mère expie cruellement son malheur: elle ne peut soutenir plus long-temps cet état violent; et dès qu'elle a repris quelques forces, dès le troisième jour de sa couche, elle se dérobe aux invectives et aux regards irrités de son époux, et fuit dans le premier asile qui lui offre des soins et des consolations: mais, c'est déjà trop pour une mère d'être privée de son premier enfant; elle ne peut supporter long-temps la privation plus douloureuse encore pour elle du mari qu'elle aime, auquel elle a associé sa fortune et sa vie; elle s'adresse à son curé, et le conjure en pleurs de fléchir son mari, et de la réconcilier avec lui. Malgré l'ascendant naturel de ce ministre respecté de la religion, le jeune homme se montre long-temps inflexible aux remontrances et aux prières. Dans cet âge, plus sensible à l'honneur et à l'opinion des autres, et dans une ame rustique et simple, où un sentiment juste ou injuste tient avec d'autant plus de force, que l'esprit même est plus borné et moins susceptible de compenser une idée par l'autre, il ne fut pas aisé de faire entrer des dispositions plus douces, et de fermer une plaie si douloureuse et si récente. Ces négociations durèrent six semaines avant de réussir: enfin, au bout de ce terme, le mari, vaincu par son pasteur, lassé peut-être d'une solitude si soudaine, laissa rentrer la tendresse dans son cœur, et sa jeune épouse dans ses foyers. Mais il mit au traité une condition rigoureuse et précise: c'est que sa femme ne verrait jamais l'enfant dont elle était accouchée, n'entretiendrait jamais aucune correspondance avec lui, et l'abandonnerait pour toujours à son état de proscription. Cette promesse était bien douloureuse pour une mère: mais la nécessité fit taire la nature; elle consentit à cette clause cruelle, et ne la viola jamais. A ce prix, la paix et l'union se rétablirent dans le ménage. Le passé fut enseveli dans l'oubli, et ils eurent ensemble jusqu'à six autres enfans qui naquirent sous de plus heureux auspices. — Cependant la destinée du premier était de vivre. Elevé dans l'hospice de charité jusqu'à l'âge de sept ans, il fut donné alors par l'hôtel-dieu à un laboureur, pour être nourri et entretenu jusqu'à vingt ans sans lui donner de gages, et pour être, à cet âge, gagé de 60 liv. par an, à quoi on ajouterait six chemises et un habit. — Jacques passa ainsi sa jeunesse au service de ce laboureur, et travailla ensuite successivement chez différens maîtres, mais sans rentrer jamais dans la maison paternelle, sans recevoir de sa mère ni consolation ni secours. — Enfin, l'événement qui devait décider son sort et le plonger, pour la vie, dans l'état d'abandon et d'opprobre où il avait erré jusqu'alors, ou lui faire trouver, dans sa naissance, des droits à une condition plus heureuse, arriva en 1775. Sa mère mourut: les scellés furent apposés; il forma opposition à la levée des scellés, se présenta, et prit la qualité de *Jacques Lhéritier, héritier de Marguerite Ravin, décedée femme Lhéritier, sa mère*. — Claude Lhéritier père se réunit avec ses autres enfans pour repousser, proscrire et faire confirmer par la justice l'exclusion qu'il lui avait donnée de son cœur et de sa famille. Il le fait assigner, et demande que défenses lui soient faites de prendre la qualité de *Jacques Lhéritier, fils légitime de lui et de Marguerite Ravin sa femme*, et qu'il soit débouté de sa demande en partage de la succession. Sentence d'appointement à la justice de Curgy. Appel au bailliage d'Auxerre. — Là, Claude Lhéritier répète et publie son premier désaveu de l'enfant. Il charge la mémoire de la mère du reproche d'une faiblesse anticipée; il déclare qu'il a lui-même partagé son déshonneur dans l'opinion de ses voisins; qu'il a eu le malheur de donner les prémices de son cœur à une fille qui avait déjà disposé du sien et flétri son innocence; qu'il a été assez généreux en pardonnant à la mère une faute aussi affligeante pour lui, et en lui rendant sa tendresse, sans qu'on exige encore qu'il ravisse le pain de ses

Source : BIU Cujas

enfans légitimes, pour le donner à un fils étranger, qui ne mérite que son aversion, par l'amertume et le chagrin dont il a affligé son union et sa jeunesse; que toute sa conduite prouve assez qu'il ne l'a jamais reconnu pour être son fils. S'il l'eût été, aurait-il pu se défendre, à sa naissance, des sentimens invincibles de la nature, et son premier regard sur son berceau eût-il été un regard d'indignation et de fureur? eût-il accablé sa mère de ses reproches? eût-il souffert qu'elle allât dans une maison étrangère, mendier des secours et un asile dans l'état critique où elle était? eût-il résisté plus long-temps à ses pleurs, à ses prières, et aux sollicitations de son pasteur? eût-il mis à sa réunion avec son épouse, pour condition éternelle, l'éternelle séparation du fruit malheureux qui les avait divisés? eût-il été aussi constant dans sa résolution, aussi tranquille et sans remords pendant vingt-huit ans, si son cœur et la nature lui eussent parlé pour cet enfant? Tout annonçait donc, disait-il, la vérité de sa déclaration, la sincérité de ses motifs; tout s'élevait pour rejeter cet étranger du nombre de ses véritables enfans. Dès-lors, les lois se joignaient à lui pour l'exclure de ses vaines prétentions. — Il finissait en citant plusieurs arrêts solennels qui avaient décidé la question en sa faveur; l'arrêt de Morin, de 1629, de Neyriet, de 1666, de Delastre, de 1694, et celui de Bonaffé, de 1742. — Malgré ses raisons, le bailliage d'Auxerre infirma la sentence d'appointement de la justice de Curgy, évoqua le principal, et déclara Jacques fils légitime de Claude Lhéritier et Marguerite Ravin sa femme, et comme tel le reçut au partage de la succession de sa mère. — Nouvel appel de cette sentence au parlement de Paris, par le père et ses autres enfans. — Ils y renouvellent et développent les mêmes moyens qu'on vient d'indiquer, et s'appuient des mêmes arrêts. — Jacques répond que ces arrêts lui sont étrangers; qu'ils sont dans des espèces différentes de la sienne; que, dans une de ces espèces, la femme était accouchée hors la maison du mari, et que le mari avait réclamé trois jours après la naissance; que dans une autre, la femme était accouchée dans la maison de son mari, mais qu'il avait réclamé du vivant de sa femme; que dans la troisième, il y avait impossibilité que le mari eût connu sa femme avant le mariage; enfin, que dans la dernière, la femme était accouchée en secret et à l'insçu de son mari, et qu'elle avait fait baptiser l'enfant sous son nom, sans qu'il le sût; que le mari l'ayant découvert long-temps après, avait rendu plainte en supposition de part contre sa femme, et qu'il avait obtenu permission d'informer: en un mot, que dans toutes, la femme était vivante, pour se défendre des accusations intentées contre elle. — « Mais moi (ajoutait-il), j'ai le bonheur de n'avoir pas contre moi ces présomptions terribles et flétrissantes. Le voile honteux dont mon père a voulu couvrir ma naissance, est son propre ouvrage, et n'est pas difficile à lever. — Je suis né dans sa maison, sous ses yeux; il a souffert que je fusse baptisé sous son nom: s'il a refusé de signer l'acte de baptême, c'est par d'autres motifs qu'il est aisé de pénétrer. Jamais, pendant vingt-huit ans qu'a survécu ma mère, il n'a réclamé contre le titre, dépositaire fidèle et incorruptible de la vérité et de la Légitimité de ma naissance. Immolé par lui, en naissant, à sa propre honte, il s'est contenté d'exclure et d'éloigner une victime qu'il savait sans voix et sans défenses: après ce triomphe honteux sur son cœur et sur la nature, l'habitude de m'oublier, et l'éloignement d'un fils qu'à peine il a vu un moment, l'ont laissé en apparence paisible et sans remords: mais il n'a jamais osé rompre le silence, ni réclamer contre l'acte qui conservait mon état: il eût trop redouté, s'il se fût porté à cet éclat, la voix d'une mère, et les preuves qu'elle aurait recueillies contre sa cruelle accusation. — Le village qui était son domicile, n'est qu'à deux lieues de celui où était née ma mère. Il est certain dans la cause qu'il l'avait vue plusieurs fois avant le mariage. Or, si l'on y réfléchit, comment concevra-t-on que, dans l'intimité de cette recherche, il ait ignoré l'état de sa future? L'art du sexe peut-il se cacher à l'œil inquiet et jaloux d'un amant, dans le premier âge, où l'on tient encore plus à l'honneur? Par quel hasard inoui, ce mystère eût-il ainsi existé sous ses yeux, sans être pénétré? Que de traces, que d'indices, que de voix jalouses ou intéressées n'auraient pas dû l'en avertir? Une fille grosse de cinq mois, dans un petit village où tout a des yeux d'argus pour ses voisins, et sur-tout pour une jeune fille recherchée en mariage, aurait-elle pu échapper aux regards intéressés? cela est-il possible? Mais s'il a connu l'état de sa future, concevra-t-on davantage qu'il ait fermé les yeux sur sa honte, et qu'il se fût déterminé à la partager? Cela n'est ni vraisemblable, ni dans les mœurs, sur-tout des campagnes, où ces premiers écarts se pardonnent bien moins que dans la corruption des villes. S'il a franchi cet obstacle, c'est qu'il a été poussé par sa tendresse et par sa justice; c'est qu'il s'est senti obligé de réparer lui-même, par un mariage prompt, l'honneur et la réputation qu'il avait offensés; c'est que j'étais son fils, avant qu'il eût le droit de se nommer mon père. — Pourquoi donc, dira-t-on, le désavoue-t-il, ce fils, quatre mois après, au moment de sa naissance? Pourquoi? parcequ'il n'a pas eu le courage, après avoir fait une faute, d'en supporter la honte dans son domicile, dans le lieu de sa naissance. Qui ne sait pas que, dans une ame grossière, ce sentiment d'une mauvaise honte peut aller aisément jusqu'à faire injustice à la nature, et forcer un père à devenir à moitié barbare et dénaturé? — Mais, sans pénétrer davantage les circonstances qui ont précédé ma naissance, il suffit, dans les lois et d'après les plus sages maximes, que le mari ait vu plusieurs fois sa femme avant le mariage, pour être réputé le père de l'enfant qui naît quelques mois après l'union; et cette union même devient, dans le droit, le sceau qui répare

Source : BIU Cujas

le vice du passé, et l'élève à l'honneur de la Légitimité. *Pater est quem nuptiæ demonstant* ». — Telle fut en substance la défense de Jacques-Louis. Par arrêt rendu le 12 juin 1780, sur les conclusions de M. Joly de Fleury, avocat général, le parlement de Paris confirma la sentence du bailliage d'Auxerre, qui avait déclaré l'enfant légitime.

V. Et à bien plus forte raison doit-on juger de même dans notre seconde hypothèse, c'est-à-dire, dans le cas de la naissanced'un enfant avant le septième mois du mariage, mais à un temps assez voisin de cette époque, pour qu'on puisse raisonnablement douter s'il pourrait vivre, dans la supposition qu'il fût le fruit du mariage même.

Il peut cependant, même dans cette hypothèse, se présenter des circonstances qui donnent lieu à l'une des questions les plus difficiles de la physiologie.

Un homme perd sa femme, et se remarie aussitôt. Sur la fin du sixième mois qui suit la dissolution de son premier mariage et la célébration du deuxième, sa seconde femme met au monde un enfant qu'il reconnaît; quel état donnera-t-on à cet enfant? Sera-t-il réputé conçu pendant le premier mariage ou pendant le second? Et, en d'autres termes, le rangera-t-on dans la classe des bâtards adultérins, ou dans celle des enfans légitimes?

Il semblerait, d'après les lois 11, *de statu hominum*, et 3, §. 12, *de suis et legitimis heredibus*, au Digeste, qu'il ne dût y avoir aucune difficulte à le déclarer bâtard, puisqu'elles s'accordent à décider que l'enfant né avant le septième mois, n'est pas légitime.

Mais ces lois n'ont été faites que d'après l'opinion d'Hypocrate, *propter autoritatem doctissimi viri Hypocratis*. Elles ne peuvent donc pas avoir plus d'autorité que cette opinion elle-même.

Or, cette opinion est fortement contredite par les plus habiles médecins, qui ont eu pour la combattre tous les avantages de l'*observation* et de la saine physique, sciences encore inconnues, ou du moins encore au berceau, du temps d'Hypocrate.

Le principe général, c'est qu'il y a « une grande quantité de causes qui peuvent avancer le temps de l'accouchement, celles que la disposition physique du fœtus, celle de la mère, les chagrins quelconques, la continuation des maladies périodiques, et mille autres. » Ce sont les termes de Bouvard, dans sa seconde consultation, pag. 119.

Cela posé, serait-il étonnant qu'une femme accouchât dans le sixième mois de la conception? Mais ne décidons rien de nous-même; laissons parler les gens de l'art.

« Le temps de l'accouchement (dit Pomerole, dans son *Traité des Erreurs vulgaires de la médecine*), n'a aucune certitude parmi les hommes; s'il faut en croire les histoires, il s'est vu des enfans de *cinq mois* qui n'ont pas laissé que de vivre en bonne santé; et Valesius, auteur digne de foi, a vu une fille de 12 ans qui était née à *cinq mois* ».

Schenechius, dans son Traité *de observationibus medicis raris et novis*, rapporte cinq exemples d'enfans nés à cinq mois, et qui tous ont acquis de la vigueur et de la force.

Cardan parle d'une fille de 18 ans qui était née au cent soixante-huitième jour, et d'une religieuse de Milan née au cent soixante-dixième.

Accaranza a rempli dix pages de son Traité *de Partu*, ch. 9, d'expériences sur des enfans de cinq à six mois qu'il dit avoir été *viables et naturels*.

Fabrot, médecin d'Aix, dans ses *Capitula quinquemestria et semestria*, cite une foule de naissances à cinq mois, arrivées pour la plupart dans la Provence; et il rappelle un grand nombre d'auteurs qui en ont établi la possibilité, et garanti la réalité.

Mais il s'en trouve un bien plus grand nombre encore dans un ouvrage composé sur cette matière, par Claude Giardin, et qui a été imprimé à Ancone en 1573, sous le titre de *Traité du Part de cent soixante-onze jours*.

Burlon, savant accoucheur anglais, dit que les enfans de six mois vivent rarement; mais qu'ils peuvent vivre dès qu'on en prend beaucoup de soins; et que l'opinion contraire qui a été puisée dans Hypocrate, est une erreur.

Enfin le docteur Petit, pag. 15 de la consultation dont nous parlerons ci-après, §. 3, et qui est signée de vingt-deux médecins ou chirurgiens, assure « qu'il est arrivé que quelques uns des enfans qui sont venus à six mois, ont vécu; il est vrai (ajoute-t-il), qu'on ne leur a conservé la vie qu'à force de soins, mais enfin ils ont vécu..... Il n'y a pas une seule fonction dans l'économie animale, qui s'exécute chez tous les individus dans un espace de temps rigoureux et déterminé; ce qui détruit toutes les conséquences que l'on a cru tirer de la prétendue uniformité dans les lois de la nature. Peu de capacité à se dilater dans le foyer de la génération, et peu de sensibilité dans l'organe de l'accouchement, produit des naissances tardives, et le contraire les naissances précoces. Jusqu'à ce qu'il y ait irritation, il n'y a point d'accouchement. La question se réduit donc à savoir, en point de théorie, s'il n'est pas possible que dans l'organe d'une sensibilité ou d'une dilatibilité plus ou moins grande, un enfant prenne plus tôt ou plus tard le degré de volume propre à amener les fibres à leur dernier développement. Or, il est certain que ces différences si sensibles d'accroissement, que les enfans éprouvent après leur naissance, ils les éprouvent aussi dans le sein de leur mère, puisqu'ils y sont susceptibles de toutes les vicissitudes de la santé ou de la maladie. Il est certain que les enfans qui ont des pères heureusement constitués, croissent avec la plus grande rapidité: il est certain que l'enfant occupant ainsi plutôt un plus grand espace, produit aussi plutôt dans l'organe de l'accouchement

Source : BIU Cujas

l'irritation qui le fait naître. Demander, par conséquent, si les naissances peuvent être tardives ou précoces, c'est demander si les pères sont tous du même âge, aussi forts, aussi sains; si les mères ont toutes le même tempérament, la même vigueur, si elles vivent toutes de la même manière, si elles éprouvent les mêmes indispositions ».

Que résulte-t-il de toutes ces autorités? Que les naissances à six mois sont possibles, et qu'il en existe une foule d'exemples; et de là que devons-nous conclure? Que, sans avoir égard aux lois romaines, nous devons convenir avec Domat, dans ses *lois civiles*, qu'il n'y a pas de principe qui puisse démontrer qu'il faut qu'un enfant ait été conçu cent quatre-vingt-deux jours avant sa naissance, pour être à un juste terme; et qu'un enfant né un peu moins de temps après le mariage, ne soit pas légitime : *de sorte* (ce sont les termes de cet auteur), *qu'il ne semble pas qu'on puisse régler le juste terme de la durée d'une grossesse, pour faire juger qu'un enfant soit illégitime, s'il est né quelques jours plus tôt ou plus tard.*

Cette doctrine a été adoptée par deux arrêts du parlement de Provence.

La demoiselle Le Bègue, veuve du sieur de Gignac, s'étant remariée après l'année révolue du deuil, avec le sieur Remerville, accoucha d'une fille six mois après le mariage. Le tuteur des enfans du premier lit se pourvut contre elle, pour la faire condamner à la restitution de ses gains nuptiaux, comme ayant vécu impudiquement dans l'année consacrée aux pleurs. — Par un premier arrêt, le parlement de Provence ordonna qu'il serait fait rapport par la sage-femme, *de l'état et de la qualité du part.* — Il fut constaté par ce rapport que le *part* était tellement débile et exténué, que, si on ne lui eût donné quelque breuvage, il n'aurait pu vivre; qu'il avait avancé sa sortie, parcequ'il n'avait pas trouvé assez de nourriture, attendu la faiblesse de la mère, et qu'il était de sept lunes. En conséquence, par arrêt du 12 juin 1634, le tuteur fut débouté de sa demande. Cette espèce est rapportée dans le recueil de Boniface, tom. 2, part. 2, liv. 3, tit. 8, ch. 1.

En voici une plus récente. Guillaume Riouffe, chirurgien à Marseille, perdit sa femme le 21 février 1774; il n'en avait point d'enfans. Le 11 août suivant, et par conséquent cent soixante-douze jours après, Marguerite Michel mit au monde une fille dont il s'avoua le père, et qui fut nommée Suzanne-Elisabeth. — Le 26 mai 1778, Guillaume Riouffe épousa Marguerite Michel. Le 13 juin suivant, il fit son testament, et il mourut le 24 du même mois. — Le 14 juillet suivant, requête de ses héritiers collatéraux qui tend à faire déclarer Suzanne-Elizabeth Riouffe incapable de succéder à son père.

Deux moyens fondent cette demande. — 1° Le mariage de Guillaume Riouffe avec Marguerite Michel, doit être regardé comme fait *in extremis*, et par conséquent il n'a pu légitimer la fille qu'ils avaient eue précédemment. — 2° Il faut que cette fille ait été conçue pendant le premier mariage de Guillaume Riouffe, puisqu'elle est née seulement le cent soixante-douzième jour du veuvage de son père; elle est donc bâtarde adultérine. — La cause portée à l'audience de la grand'chambre, M. l'avocat général Calissane a établi d'abord que les faits articulés par les demandeurs, pour prouver que le mariage de Marguerite Michel avec Guillaume Riouffe devait être réputé fait *in extremis*, étaient trop graves et trop pertinens pour qu'on en refusât la preuve; mais que cette preuve était inutile, si leur second moyen était fondé, et qu'elle ne devait être admise que dans le cas où ce moyen serait rejeté. — M. l'avocat général est donc entré dans la question de savoir si l'on pouvait présumer légalement que Suzanne-Elisabeth Riouffe eût été conçue après la mort de la première femme de Guillaume Riouffe. Il a parcouru toutes les autorités que les lois et les écrits des médecins renferment sur cette matière; il en a conclu que rien ne prouvait qu'un enfant né cent soixante-douze jours après sa conception, ne fût pas *viable;* et que dans le doute, la nature, l'humanité, l'intérêt de la société exigeaient que l'on prononçât en faveur de la légitimation. — Par arrêt du 4 mai 1779, rendu sur délibéré, le parlement, avant faire droit, « ayant égard aux fins subsidiaires proposées par les demandeurs, sur la qualité du mariage *in extremis, sans s'arrêter au surplus de leurs fins subsidiaires portant sur d'autres qualités*, leur a permis de faire preuve dans le mois que le sieur Riouffe était malade lors de son mariage, de la maladie dont il était mort. » — Il a donc été préjugé que l'enfant serait déclaré légitime, si l'on ne prouvait pas que le mariage, dans le sixième mois duquel il était né, eût été contracté *in extremis*.

[[VI. Aujourd'hui, pour l'un comme pour l'autre des deux cas dont on vient de parler, le Code Napoléon trace des règles fixes. « — L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage (porte-t-il, art. 314), ne pourra être désavoué par le mari, dans les cas suivants : 1° s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2° s'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer; 3° si l'enfant n'est pas déclaré viable ».

En méditant ce texte, on remarque d'abord qu'il établit une présomption légale de Légitimité en faveur de l'enfant né le cent quatre-vingtième jour du mariage.

On voit ensuite qu'à l'égard de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, il admet une présomption d'illégitimité; mais que cette présomption n'a pas le même caractère que la précédente, et qu'elle peut au contraire être combattue et détruite par trois présomptions de la paternité du mari.

Arrêtons-nous à chacune de ces présomptions.

1° Pourquoi, si le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, n'est-il pas recevable à

Source : BIU Cujas

désavouer l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour? « On présume (disait M. Bigot-Préameneu, conseiller d'état, dans l'*exposé des motifs* de cette partie du Code à la séance du corps législatif du 20 ventose an 11), que le mari qui a eu connaissance de la grossesse avant de se marier, n'a contracté le mariage que pour réparer sa faute personnelle; on présume qu'un pareil hymen n'eût jamais été consenti, s'il n'eût été persuadé que la femme portait dans son sein le fruit de leurs amours: et lorsqu'il a eu dans la conduite de cette femme une telle confiance, qu'il a voulu que leurs destinées fussent unies, comment pourrait-on l'admettre à démentir un pareil témoignage »?

Mais comment doit s'établir la preuve de la connaissance que le mari a eue de la grossesse de sa femme avant de l'épouser?—Dans le projet du Code civil préparé par la commission, il était dit, liv. 1, tit. 7, art. 6, que cette preuve ne pourrait résulter que *des écrits du mari lui-même*. — Il y avait bien de la rigueur dans cette limitation; aussi ne reparut-elle pas dans le projet présenté au conseil d'état par la section de législation. Elle fut cependant réclamée par M. Bigot-Préameneu. « M. Bigot-Préameneu (porte le procès-verbal), observe que cet article ne dit pas comment on pourra prouver contre le mari qu'il a eu connaissance de la grossesse de sa femme: si l'on s'en tient au principe général, il faut un commencement de preuve par écrit. Mais (continue le procès-verbal), M. Boulay répond qu'il est impossible de fixer à l'avance quelles espèces de faits on peut regarder comme probans »; et l'article ayant été, d'après cette réponse, adopté dans sa généralité indéfinie, il en résulte nécessairement que de tous les genres de preuve, il n'en est aucun que le législateur ait voulu exclure.

On a vu plus haut, n. 4, que l'ancienne jurisprudence n'admettait pas le mari qui, avant d'épouser sa femme, avait eu des habitudes intimes avec elle, à désavouer l'enfant qu'elle avait mis au monde avant le cent quatre-vingtième jour du mariage. Mais cette jurisprudence était fondée sur un principe que la loi ne reconnaît plus: la paternité pouvait alors être recherchée, et elle passait pour suffisamment établie par la preuve des familiarités qui avaient eu lieu entre la mère et le père prétendu à l'époque de la conception de l'enfant. Aujourd'hui, la recherche de la paternité n'est plus admise. On ne pourrait donc pas aujourd'hui remplacer par la preuve de pareilles familiarités, celle qu'exige l'art. 314 de la connaissance de la grossesse avant le mariage; ou du moins cette preuve ne pourrait avoir d'effet qu'autant que les familiarités eussent un caractère, et se rapportassent à une époque, qui forceraient de supposer qu'elles n'ont pas pu avoir lieu sans la connaissance de la grossesse.

2° Rien de plus juste ni plus sage que la fin de non-recevoir qui résulte, contre le désaveu du mari, de sa présence à l'inscription de l'enfant sur les registres de l'état civil et de la signature dont il l'a revêtue: « comment en effet (disait M. Bigot-Préameneu, dans *l'exposé des motifs*), le mari pourrait-il revenir contre sa propre déclaration donnée dans l'acte même destiné à constater l'état civil de l'enfant »?

3° Quant à la fin de non recevoir qu'élève contre le désaveu du mari, le défaut de viabilité de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, le motif en est très sensible. « Lorsque l'enfant n'est pas déclaré viable (disait encore M. Bigot-Préameneu), il n'y a plus de certitude que ce soit un accouchement naturel qui ait dû être précédé du temps ordinaire de la grossesse. Toute recherche (de la part du mari), serait scandaleuse et sans objet. Quel but pourrait-il se proposer, en désavouant un enfant qui ne doit pas vivre, si ce n'est de porter atteinte à la réputation de la femme à laquelle il s'est uni? Il ne peut même pas avoir l'intérêt du divorce pour cause d'adultère, puisqu'il suppose que la faute est antérieure au mariage. Les tribunaux ne doivent pas l'écouter dans son aveugle ressentiment ».

Mais à quels signes distinguera-t-on si l'enfant est viable? Dans la discussion du Code, deux partis ont été proposés: l'un, de regarder comme non viable, tout enfant qui ne survivrait pas dix jours à sa naissance; l'autre, de s'en rapporter, dans chaque cas, à l'avis des gens de l'art; et ce second parti a prévalu. Ecoutons M. Duveyrier dans le rapport fait au nom du tribunat, à la séance du corps législatif du 2 germinal an 11. — « On a cherché à éviter les vérifications, les déclarations de *viabilité*, et toutes les difficultés, tous les procès qu'engendrera l'état physique d'un enfant que deux intérêts opposés jugeront bien et mal constitué. On a cru qu'un enfant apportait lui-même en naissant, et dans le cours plus ou moins borné de son existence, la preuve de sa parfaite ou imparfaite constitution. On pensait en conséquence qu'en fixant le terme le plus prolongé d'existence que pouvait parcourir un enfant imparfaitement organisé, on rendrait toute décision plus prompte et plus sûre, et l'on aurait pu, dans ce sens, décider que le désaveu du mari ne serait point admis si l'enfant mourait dans les dix jours de sa naissance.—Mais on établissait une lutte bien dangereuse entre la vie de l'enfant et l'honneur de la mère. Il fallait que l'enfant mourût dans les dix jours, pour que sa mère vécût sans honte et sans reproche. De là, la crainte ingénieuse, mais raisonnable, qu'une négligence affectée ou des moyens plus coupables peut-être ne vinssent suppléer à l'imperfection supposée de la nature, et porter une influence fatale sur la vie de l'enfant dont la vie devait être l'opprobre de sa mère, et le titre de sa condamnation. — Ce sentiment était bien digne de toucher les hommes vertueux, occupés de cet ouvrage; et, sans balancer, ils ont préféré, aux risques de quelques contestations inévitables, le parti adopté dans le projet de loi ».

V. ci-après, §. 2, n. 4, à la fin; §. 3, n. 5; et sect. 4, §. 3, n. 5.]]

Source : BIU Cujas

§. II. *Des enfans conçus et nés pendant le mariage.*

I. C'est aux enfans conçus et nés pendant le mariage, que s'applique dans toute sa force la règle, *pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Mais cette maxime ne forme qu'une présomption; la preuve qui en résulte est vraisemblable, mais elle n'est pas toujours vraie.

Les docteurs distinguent trois sortes de présomptions: l'une, qu'ils appellent *juris et de jure;* la seconde, qu'ils nomment simplement *juris;* et la troisième, qu'ils qualifient de *præsumptio hominis.* — La première exclut toute preuve contraire, parcequ'elle est considérée comme la vérité même: ainsi, une sentence passée en force de chose jugée est tellement regardée comme juridique, qu'il n'est plus permis de l'attaquer, même en offrant d'en démontrer l'injustice. — La seconde n'est pas assez forte pour exclure une preuve contraire; mais comme elle est *juris,* c'est-à-dire, autorisée par la loi, il faut des argumens invincibles pour la détruire. — La troisième est soumise à la prudence du juge; c'est à lui d'en faire le discernement. — Voyons à laquelle de ces trois classes appartient la présomption dont il s'agit.

Deux caractères sont essentiels à une présomption, pour qu'elle puisse être regardée comme exclusive de toute preuve contraire. Le premier est que la loi l'ait introduite; le second, que cette même loi ait établi une liaison nécessaire et infaillible entre le fait que l'on connaît et celui qu'on veut prouver. Ainsi, notre question se réduit à savoir si la présomption dont nous cherchons la nature, est tout à la fois légitime et infaillible.

Que cette présomption soit légitime, c'est une vérité qu'il n'est pas permis de révoquer en doute: elle est écrite dans la loi, elle est revêtue de son autorité, elle porte un caractère que tous les docteurs et les arrêts mêmes ont toujours respecté.

Mais est-elle nécessaire, infaillible, indubitable? peut-elle exclure toute preuve contraire? Tout le titre *de agnoscendis liberis*, au Digeste, est plein de textes qui établissent la négative. Par-tout les jurisconsultes reconnaissent que, malgré cette présomption favorable aux enfans, le père peut toujours le désavouer, pourvu qu'il puisse montrer, par des preuves certaines, qu'ils sont redevables de la vie au crime de leur mère. Le silence même du père, ses reconnaissances tacites, l'omission des formalités prescrites par les sénatus-consultes, rien ne peut le priver du droit de contester l'état de celui qu'on veut lui donner pour fils. *Si uxore denuntiante se prægnantem, maritus seu negaverit.... sive maritus neglexerit facere quæ ex senatus-consulto debet, natum agitur omnimodo alere, cœterùm recusare poterit filium.* C'est la disposition de la loi 1, §. 14 et 15, du titre cité; elle prouve que l'effet de la présomption dont il s'agit, se termine à obliger le père, lors même qu'il a reconnu par son silence l'état de l'enfant, de lui donner des alimens par provision; mais que, dans le temps même qu'il les lui fournit, il peut lui contester la qualité de fils légitime.

Quelle sorte de preuve peut-on donc opposer à cette présomption? C'est ce qu'il est aisé d'expliquer. Nous avons déjà dit que cette présomption est écrite dans la loi; de là il résulte qu'on doit nécessairement la regarder comme légitime, disons même comme presque inviolable; car on est souvent réduit à l'impossibilité de prouver le contraire; et, dans le doute, la sagesse du législateur présume toujours en faveur de l'innocence de la mère et de l'état de l'enfant.

Cela posé, remontons aux principes concernant la nature des preuves en général. La présomption capable d'attaquer celle de la loi, doit être écrite dans la loi même; elle doit être fondée sur une raison infaillible, pour pouvoir détruire une probabilité aussi grande que celle qui sert de fondement à cette preuve.

Or, on ne trouve dans tout le corps du droit que deux exceptions à la règle générale, et toutes deux sont fondées sur une impossibilité physique et certaine d'admettre la présomption: elles sont proposées dans la loi 6, D. *de his qui sui vel alieni juris sunt,* qui définit ce que c'est qu'un fils légitime: *Filium eum definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur: sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratiâ, per decennium, reversum anniculum invenisse in domo suâ, placet nobis Juliani sententia hunc non esse mariti filium..... Sed mihi videtur, quod et Scævola probat, si constet maritum aliquandiù cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente, vel aliâ causâ, vel si eâ valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.*

Il n'y a donc, suivant cette loi, que deux preuves contraires qui puissent être opposées à une présomption aussi favorable et aussi puissante. La longue absence du mari est la première; son impuissance, soit perpétuelle ou passagère, est la seconde: la loi n'en admet, et il est évidemment impossible qu'elle en admette aucune autre, puisque, tant que l'absence ni aucun autre obstacle n'aura point séparé ceux que le mariage unit, on ne présumera jamais que celui qui est le mari, ne soit pas le véritable père. C'est ce que décide encore la loi déjà citée: *Nec tamen ferendum, Julianus ait, eum qui cum uxore suâ assiduè moratus, nolit filium agnoscere quasi non suum.*— Reprenons ces différens points.

II. Nous disons d'abord que l'absence du mari fait cesser la présomption de la paternité; et cette règle ne souffre, dans la thèse générale, aucune espèce de restriction.

Il est bien vrai qu'en 1637, on publia dans toute la

Source : BIU Cujas

France un imprimé en forme d'arrêt attribué au parlement de Grenoble, par lequel il paraissait que cette cour avait déclaré légitime un enfant né *pendant l'absence du mari*, et conçu par la force de *l'imagination* de la mère.

Mais il a été démontré depuis, que cet arrêt prétendu était une pure invention; et comme ce jeu d'esprit était injurieux à la cour à laquelle l'arrêt était attribué, le parlement de Paris en défendit la publication par arrêt du 13 juin 1637. D'un autre côté, le parlement de Grenoble, par arrêt du 13 juillet suivant, déclara cet arrêt faux, supposé, calomnieux, ordonna que l'imprimé serait lacéré par l'exécuteur de la haute justice, jeté au feu, et brûlé devant la grande porte du palais, avec défense de l'imprimer, l'exposer en vente, ni l'acheter, sous peine de la vie; ordonna qu'il serait informé contre les auteurs, etc.

Au reste, il est aisé de sentir que l'absence du mari ne peut pas faire cesser la présomption de paternité, si elle ne réunit trois caractères; savoir, la longueur, la certitude et la continuité. C'est même l'esprit de la loi que nous venons de rapporter.

1° Il faut qu'elle soit longue, c'est-à-dire, qu'elle ait duré assez long temps pour que la conception de l'enfant puisse se référer à une époque qui lui soit antérieure. Par exemple, un homme quitte sa femme et s'en va dans un pays éloigné; au bout de dix ans il revient, et trouve dans sa maison un enfant âgé d'un an; il est certain qu'il ne sera point obligé de reconnaître cet enfant: on se rappelle que c'est l'espèce de la loi 6, D. *de his qui sui vel alieni juris sunt.* — Sur la question de savoir quel intervalle il faut précisément entre le départ du mari et l'accouchement de la femme, pour faire présumer la Légitimité ou l'illégitimité de l'enfant né pendant l'absence du premier, voyez ce que nous disons ci-après, §. 3, à l'occasion des enfans nés après la dissolution du mariage.

2° Il faut que l'absence soit certaine: en effet, pour peu qu'il y eût de doute sur ce point, on devrait présumer que la mère est innocente, et par conséquent que le fils est légitime. *In favorem prolis potiùs declinamus:* c'était la maxime du pape Innocent III, dans le chapitre *ex tenore*, aux décrétales, *qui filii sint legitimi.*

3° Il faut que l'absence soit continuelle: car si le mari était revenu de temps à autre dans sa maison, il est clair, par ce que nous venons de dire, qu'il n'en faudrait pas davantage pour rendre toute sa force à la règle, *pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

Par la même raison, si la continuité n'était pas physiquement certaine, c'est-à-dire, si le mari avait pu franchir en peu de temps la distance qui le séparait de sa femme, et retourner avec la même promptitude dans l'endroit où il a vécu pendant son absence, les témoignages qu'on rapporterait de la continuité de son séjour en cet endroit, ne formeraient pas une preuve de l'illégitimité de l'enfant dont la naissance aurait suivi de trop près l'époque de son départ.

Le sieur de Vinantes, officier de la duchesse d'Orléans, prouvait par des certificats en bonne forme, qu'il avait servi son quartier pendant les mois d'avril, mai et juin 1689; et il concluait de là qu'un enfant dont sa femme était accouchée près de sept mois après son retour, était illégitime. M. d'Aguesseau portant la parole dans cette cause, dit que deux conditions essentielles manquaient à l'absence du mari pour faire douter de l'état du fils: la longueur de la durée, et la distance des lieux dans lesquels le mari et sa femme demeuraient pendant ce temps. « L'absence du mari (continuait ce magistrat) a commencé au mois de mars; elle a fini au mois de juin. Depuis son départ jusqu'à la naissance de l'enfant, il n'y a qu'environ dix mois: depuis son retour, il y a sept mois entiers d'intervalle; dans l'un et dans l'autre cas, les lois ont décidé qu'un enfant pouvait naître légitime. — Mais qui peut assurer d'ailleurs que le sieur de Vinantes a rendu un service si assidu pendant son quartier, qu'il n'ait pas manqué un seul jour à son devoir? Qui pourra prouver que, dans une distance aussi peu considérable que celle de vingt lieues, il ne sera jamais venu dans sa maison de campagne? Et fera-t-on dépendre d'un fait de cette nature, la certitude de l'état d'un enfant et sa qualité de légitime »? — Par l'arrêt qui est intervenu sur cette contestation le 15 juin 1693, l'enfant dont il s'agissait, a été maintenu dans la qualité de fils légitime du sieur de Vinantes.

Charles de La Plissonnierre demeurait en Flandre, et Elisabeth Rouillon, sa femme, à Paris. Pendant son absence, celle-ci était accouchée d'une fille qu'elle avait fait baptiser sous le nom d'un tiers. Après la mort des deux époux, la fille prétendit recueillir leur succession: une sentence du châtelet jugea en sa faveur. La cause portée au parlement de Paris, M. l'avocat général Joly de Fleury observa, « qu'on ne pouvait presque douter que tous les titres n'assurassent la maternité d'Elisabeth Rouillon, mais qu'aussi tous détruisaient la paternité de Charles de La Plissonnierre. Mais, si cela est, ajouta M. l'avocat général, quel parti faut-il prendre? *Pater est is quem nuptiæ demonstrant.* Il n'y a nulle exception, s'il n'y a impossibilité physique, ou par impuissance, ce qu'on ne peut alléguer; ou par absence assez longue: mais le mari a toujours demeuré en Flandre, voisinage de Paris, où il revenait de temps en temps..... Par ces considérations, M. l'avocat général estima qu'il y avait lieu de mettre l'appellation au néant. Sur ces motifs, est intervenu arrêt du 29 février 1712, conforme aux conclusions ». (*Journal des audiences.*)

[[L'art. 312 du Code Napoléon porte que « l'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari: néanmoins (ajoute-t-il), celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-

Source : BIU Cujas

vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme ».

Ces mots, *par cause d'éloignement*, prouvent bien clairement qu'en cette matière, le Code Napoléon maintient les principes de l'ancienne jurisprudence.

« Il faut (disait M. Duveyrier, dans le rapport fait au nom du tribunat, à la séance du corps législatif du 2 germinal an 11), il faut que l'absence soit constante, continue, et de telle nature que, dans l'intervalle de temps donné à la possibilité de la conception, c'est-à-dire, dans l'intervalle de cent vingt jours qui s'écoule entre le cent quatre-vingtième et le trois centième jour avant la naissance de l'enfant, l'esprit humain ne puisse concevoir la possibilité d'un seul instant de réunion entre les deux époux. — Quelques auteurs, pour admettre l'exception de l'absence, exigeaient entre les deux époux l'espace immense des mers. — Cette précision était affectée et scholastique; elle n'était ni juste, ni correspondante au principe; elle ne remplissait pas l'objet proposé. L'absence réelle peut se modifier par d'autres causes; elle peut s'établir par d'autres preuves tout aussi décisives : il suffit d'exiger qu'elle soit telle qu'au moment de la conception, toute réunion, même momentanée, entre les deux époux, ait été physiquement impossible. — On a demandé si la prison qui séparait deux époux, pourrait être assimilée à l'absence. — Il est clair que c'est l'absence elle-même, pourvu toujours que la séparation ait été tellement exacte et continuelle, qu'au temps de la conception, la réunion d'un seul instant fût physiquement impossible ».]]

III. Il y a une espèce d'absence qui ne consiste pas tant dans la distance des lieux, que dans l'éloignement des esprits, et qui néanmoins produit le même effet que l'absence proprement dite, avec la réunion des trois caractères dont nous avons parlé : c'est la séparation prononcée juridiquement entre deux époux pour cause d'adultère, et qui n'a point été suivie de réconciliation. — Le Journal des audiences nous fournit deux arrêts des 9 mai 1693 et 1er décembre 1701, qui déclarent bâtards adultérins, des enfans conçus depuis la séparation pour cause d'adultère, et leur fait défenses de prendre les noms des maris de leurs mères.

Si cependant la femme prouvait que son mari lui a rendu visite pendant leur séparation, nul doute qu'on ne dût déclarer légitime l'enfant qu'elle mettrait au monde. « C'est (dit Lebrun), ce que j'ai vu juger à l'occasion d'une femme accusée d'adultère, qui devint grosse pendant sa prison, et cela sur le simple certificat d'un garçon geolier qui attestait que le mari lui avait rendu visite ».

[[Le Code Napoléon déroge-t-il sur ce point, à l'ancienne jurisprudence ? Il porte, art. 313, que « le mari ne pourra..... désavouer l'enfant ..., même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père »; — Et du premier abord, on pourrait penser que cette disposition ne frappe que sur le cas où il s'agit d'un enfant conçu avant le jugement de séparation de corps pour adultère.

Mais il est à remarquer, — 1° qu'à la séance du conseil d'état du 14 brumaire an 10, la section de législation avait proposé un article portant que « la présomption de la paternité cesse, lorsque les deux époux ont été séparés de corps et de biens; à moins, dans ce dernier cas, qu'il n'y ait eu réunion de fait et réconciliation entre eux »; — 2° Que cet article fut combattu par la considération « que la séparation de corps n'établit pas entre les époux l'impossibilité de cohabitation; qu'il n'est pas ordinaire qu'ils se fréquentent, que cependant cet évènement est possible; que même les rapprochemens que ménageront entre les époux ceux qui tenteraient de les réconcilier, peuvent leur donner lieu d'avoir commerce ensemble, sans être cependant suivis d'une réconciliation définitive ». — — 3° Que, sur ces observations, l'article fut ajourné jusqu'après la discussion du titre du divorce; — 4° Que, dans le titre du divorce, la section de législation proposa un autre article qui, fondé sur le même principe que le précédent, tendait à établir que le mari ne serait pas obligé de reconnaître l'enfant conçu après un jugement qui, sur sa demande en divorce pour cause d'adultère, aurait ordonné la séparation d'épreuve; — 5° Que cet article fut rejeté le 22 fructidor an 10; et qu'en conséquence, celui qui avait été proposé le 14 brumaire de la même année, ne fut plus reproduit.

« On a donc pensé que la circonstance de la demeure du mari dans une autre maison que la femme, n'est pas assez décisive pour en faire dépendre le sort de l'enfant. On s'en est donc tenu au principe général, que l'éloignement du mari établit l'impossibilité physique de cohabitation; et on n'a pas cru devoir faire dériver du fait de la séparation de corps, des indices qu'elle ne donne pas toujours. Le juge prendra sans doute en considération cette position respective des deux époux, mais il ne la regardera pas comme décisive ». Ce sont les termes de M. Locré, *Esprit du Code Napoléon*, tome 4, page 19.]]

IV. Nous avons dit que l'impuissance du mari fait cesser la présomption de paternité qui résulte du mariage; mais il faut pour cela (dit Lebrun), « que la maladie soit telle, qu'elle produise une impossibilité physique et morale : car autrement, on présume volontiers pour l'honneur des femmes, et l'on présuppose que la nature a fait un effort en la personne du mari malade..... J'ai vu (ajoute le même auteur), rendre sur ces principes un arrêt à la tournelle, le samedi 26 janvier 1664, par lequel, sans avoir égard à l'interrogatoire d'une mère, dans lequel elle avait reconnu son adultère, et que l'enfant dont il était question, n'était pas

Source : BIU Cujas

de son mari, qui d'ailleurs était un vieillard de soixante-dix ans, accablé de maladies, on confirma l'état de l'enfant».

Il ne suffit pas d'alléguer l'impuissance du mari pour faire déclarer un enfant illégitime, il faut la constater juridiquement : et comme cela n'est plus possible après la mort du mari, il est clair que ses héritiers ne peuvent pas attaquer de ce chef l'état d'un enfant né pendant son mariage : c'est aussi ce qu'ont jugé plusieurs arrêts rapportés dans le dictionnaire de Brillon, au mot *Impuissant*.

On trouve dans le Journal des audiences, un arrêt remarquable sur cette matière. — « Les parties étaient de la ville du Mans; il y avait treize ans qu'elles étaient mariées sans avoir eu d'enfans : après les treize ans, la femme fit sa plainte par-devant l'official du Mans, de l'impuissance de son mari : l'official ordonna qu'ils comparaîtraient l'un et l'autre pour être vus et visités. La visite se fit, et il n'en résulta point de certitude que le nommé Nau fût impuissant : en conséquence de quoi, l'official ordonna qu'ils se sépareraient pour un temps l'un de l'autre. Ce temps étant écoulé, l'official ordonna qu'ils retourneraient ensemble : quelque temps après, la femme fait une seconde plainte à l'officialité; et ayant été tous deux interrogés, le mari demeura d'accord qu'il était impuissant : sur cette déclaration, l'official prononça la dissolution du mariage. La femme ayant voulu se marier à un autre avec qui elle avait hantise et fréquentation, le frère du mari s'y opposa, et dit qu'elle ne pouvait se marier; que la sentence de l'official qui avait cassé le mariage, n'était pas valable; que de fait l'impuissance, sous prétexte de laquelle on avait fait rendre la sentence de l'official, n'était point véritable. La femme soutenait toujours que son mari était impuissant, et que l'enfant qu'elle avait, était de celui avec qui elle voulait se marier. Le mari demeurait d'accord de son impuissance, et l'enfant disait qu'on ne lui pouvait donner d'autre père, suivant cette grande règle, *is est filius quem nuptiæ demonstrant*. La cour (par arrêt du 5 juillet 1655) condamna la femme à retourner avec son mari, et déclara l'enfant être d'eux deux».

Le motif de cette décision a été sans doute, que les prétendus époux avaient vécu ensemble pendant un long espace de temps, sans que la femme eût formé aucune plainte; que par conséquent on pouvait appliquer à celle-ci le *cur tamdiù tacuit* de la décrétale *accepisti, de frigidis et maleficiatis*; que d'ailleurs la visite faite avant la première sentence de l'official, laissait des doutes sur l'impuissance; et que, dans les cas douteux, il faut toujours se déterminer pour la validité du mariage, et conséquemment pour la Légitimité de l'enfant.

L'arrêt du 16 juillet 1695, rapporté dans le paragraphe précédent, n. 4, a encore jugé qu'un mari n'est pas recevable à alléguer son impuissance pour faire déclarer illégitime l'enfant qu'il a reconnu et traité comme son fils. M. d'Aguesseau observait dans cette cause, « que le mari alléguait, par la bouche de son avocat, un fort bon moyen, s'il était approfondi, disant qu'il était impuissant, mais que cela n'avait été avancé qu'en l'air, et qu'il eût fallu donner requête, pour articuler le fait plus précisément; qu'au surplus il y avait des témoins qui déposaient que Delastre avait vu sa femme longtemps avant de l'épouser, même plus d'un an auparavant, et qu'il avait prié la mère de sa femme de la lui donner en mariage pour la décharge de sa conscience, etc.». (*Journal des audiences.*)

Rien n'est souvent plus équivoque que les signes de l'impuissance : on ne doit donc pas entrer dans l'examen d'un pareil fait, lorsque le mari a donné lui-même des reconnaissances qui le détruisent. Doute pour doute, il vaut mieux s'attacher au parti le plus favorable à l'honneur de la mère et à l'état de l'enfant.

[[Le Code Napoléon porte, art. 313, que « le mari ne pourra, en alléguant son *impuissance naturelle*, désavouer l'enfant ».

Pourquoi, dans cet article, n'est-il question que de l'impuissance naturelle? C'est qu'il est dans l'intention de la loi d'autoriser le mari à désavouer l'enfant, lorsqu'il fait preuve d'une *impuissance accidentelle;* et c'est ce qui résulte bien clairement de ces termes de l'art. 312, *soit par l'effet de quelque accident.*

Ecoutons au surplus M. Duveyrier dans le rapport déjà cité, du 2 germinal an 11 : — « L'impossibilité physique (dont parle l'art. 312), ne peut exister que par deux causes, l'absence et l'impuissance accidentelle du mari. — Ici, les anciens principes, conformes à la raison et à l'équité, ne souffrent aucune altération». — L'orateur développe la première cause dans les termes rappelés ci-dessus, n. 2; puis il ajoute : — « Il en est de même de la seconde cause d'impossibilité physique, de l'impuissance accidentelle du mari. Il serait déraisonnable de vouloir détailler les espèces, les cas, les accidens qui peuvent la produire, soit qu'il s'agisse d'une blessure, d'une mutilation ou d'une maladie grave et longue. Il suffit de savoir que la cause doit être telle, et tellement prouvée, que, dans l'intervalle du temps présumé de la conception, on ne puisse supposer un seul instant où le mari aurait pu devenir père. — Vous avez, et j'ose dire avec répugnance, trouvé dans nos livres, et peut-être même dans nos tribunaux, une troisième cause d'impossibilité physique, celle qu'on appelait *impuissance naturelle* : c'est la supposition plus ou moins probable (car dix siècles d'efforts, de contentions et de recherches, n'en ont fait encore qu'une supposition), qu'un homme aurait été produit sans avoir reçu de la nature la faculté de produire. — La loi romaine admettait l'impuissance naturelle : mais ce peuple pour lequel l'honnêteté publique et la révérence des mœurs étaient la loi suprême, ne nous a pas transmis un exemple d'application. — La religion l'introduisit seulement au huitième siècle dans sa doctrine et ses décisions;

Source : BIU Cujas

mais avec cette restriction remarquable, qu'elle ne rendit jamais que des décisions provisoires, sur ce motif naïvement déclaré, que l'église pouvait avoir été trompée, et des décisions toujours réformables, si l'homme accusé d'impuissance donnait par la suite des preuves contraires et matérielles dans un mariage subséquent. — De là, nos tribunaux l'ont adoptée, mais sans la restriction qui en modérait l'inconséquence. Cette restriction religieuse ne pouvait se concilier avec ce principe social d'une force extrême, que l'ordre des familles et l'état des mariages doivent être immuables. Plus on sentait le besoin de saisir la vérité, plus on multipliait les moyens insensés de la découvrir : et dix siècles perdus à rechercher follement la cause mystérieuse d'un effet incertain, n'ont produit que des contradictions, des scandales, et des démentis donnés par la nature elle-même à des jugemens fondés sur les plus spécieuses vraisemblances. — Depuis long-temps la rareté extrême de ces cas monstrueux, s'ils existent, l'infamie et l'insuffisance des épreuves, l'obscurité insurmontable de la cause et de l'effet, avaient fait condamner par tous les esprits sages ce moyen ridicule d'attaquer et de détruire une présomption juste et favorable, élevée par la loi elle-même au rang de la vérité. — Et vous n'aurez pas remarqué sans plaisir, dans la loi du divorce, que cette cause nommée impuissance naturelle, n'est point au nombre des causes qui conduisent à la dissolution du mariage. — Il ne s'agit point ici de la dissolution du mariage : il s'agit de la Légitimité de l'enfant né dans le mariage ; et un motif particulier de justice et de pudeur fait proscrire avec plus de force l'allégation honteuse dont je parle. — Je n'ai pas besoin de dire que toutes les exceptions qui peuvent combattre la présomption légale de la paternité, ne sont établies qu'en faveur du mari. Le mari seul et ses héritiers, dans les cas déterminés, seront admis à les proposer. Ces exceptions seront, par des motifs de toute évidence, interdites à tout autre. — Ici, ce serait donc le mari seul, puisque ses héritiers ne le pourraient jamais, qui viendrait proposer publiquement son impuissance pour faire déclarer illégitime l'enfant du mariage. Et comment concevoir, sans être révolté, le cynisme impudent d'un homme qui pourrait révéler sa turpitude et son infamie pour déshonorer sa compagne et sa victime ? car vous remarquerez que, dans ce cas, la femme aurait été la première victime de la fourberie de cet homme impuissant, qui s'est présenté au mariage avec toutes les espérances de la paternité. — Non, la chasteté de la loi réprouve ces aveux infamans et ces déclarations honteuses. Les monstres, s'ils existent dans la nature, ne doivent pas être dans la loi. Non, la justice éternelle, cette voix majestueuse de toute conscience pure, dit que dans ce cas, si ce cas existe, l'homme doit supporter toutes les charges de la paternité dont il a témérairement affecté la puissance, et dévorer la honte d'un enfant qu'il peut n'avoir pas fait, mais qu'il a eu la frauduleuse audace de promettre à sa femme et à la société ».

Remarquons au surplus la différence qu'offrent entr'eux les art. 313 et 314 du Code Napoléon.

Dans le cas de l'art. 313, il ne suffit pas au mari de désavouer l'enfant mis au monde par sa femme ; il faut encore qu'il prouve qu'il n'est pas le père de cet enfant : pourquoi ? parceque cet enfant ayant été conçu pendant le mariage, le mari a contre soi la présomption légale de paternité, et que l'effet de toute présomption de droit est de faire retomber sur celui qui en conteste l'application, la preuve directe du fait tendant à la paralyser.

Dans le cas de l'art. 314, le mari, lorsqu'il n'est atteint par aucune des trois fins de non-recevoir qui y sont établies, n'a point de preuve à faire : il n'a besoin que de désavouer l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ; et par son seul désaveu, il se décharge de tous les devoirs de la paternité envers cet enfant, il le place hors de sa famille.]]

V. Nous avons dit que les seules exceptions à la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, sont la longue absence du mari et son impuissance. En effet, si l'on pouvait en admettre d'autres, ce serait certainement l'adultère de la mère, et sa déclaration de l'illégitimité de ses enfans. Or, ni l'une ni l'autre circonstance ne sont assez fortes pour déroger à cette grande maxime.

1° Quoiqu'il puisse arriver qu'un enfant conçu dans le temps du mariage, ne soit redevable de la vie qu'au crime dont sa mère est convaincue ; cependant, comme il est possible aussi qu'il la doive à l'union de la femme avec son mari, on présume toujours pour sa Légitimité, lorsque sa conception date d'un temps antérieur à celui auquel se refere l'accusation d'adultère. Ainsi, il ne suffit pas de prouver l'infidélité de la mère, pour en conclure que le fils est illégitime ; la loi s'oppose à cette conséquence injuste : *Non utique crimen adulterii quod mulieri objicitur, infanti præjudicat : cùm possit et illa adultera esse, et impuber defunctum patrem habuisse.* Ce sont les termes de la loi 11, §. 7, D. *ad legem Juliam de adulteriis.*

Qui oserait en effet, dans un cas pareil, fixer l'époque de la conception, et assurer que le mari, qui a pu se livrer aux caresses de son épouse dans le temps même où elle ne rougissait pas de les partager avec un étranger, n'est pas le père de l'enfant dont l'état est contesté ? n'est-ce point là un secret impénétrable ? La nature se joue ici des vains raisonnemens de l'homme : elle se plaît à confondre ses recherches et ses efforts ; elle ne lui permet que le doute ; et dans le doute, la loi incline toujours pour l'enfant : *In favorem prolis potiùs declinandum.*

C'est d'après ces principes qu'a été rendu l'arrêt célèbre du sieur de Vinantes, dont nous avons déjà parlé, et dont voici l'espèce. Le 22 mai 1690, une femme inconnue apporte un enfant dans l'église pa-

Source : BIU Cujas

roissiale de la Ferté-Loupière, déclare qu'il est né trois mois auparavant, qu'il a été ondoyé, qu'il est fils de Marie Delanne (sans nommer le père), et demande qu'on lui supplée les cérémonies du baptême; ce qui s'exécute sans l'assistance d'aucun parent. La nourrice est marraine, le bedeau parrain, et tout se passe dans le plus profond secret. La nourrice le reporte chez elle, et il est élevé avec le même mystère. Cependant le sieur de Vinantes, mari de la femme de Delanne, apprend la naissance clandestine de cet enfant, l'obscurité de son baptême, le secret de son éducation : tout cela réveille dans son esprit d'anciens soupçons qui malheureusement n'étaient que trop fondés : il ne ménage plus rien, il accuse sa femme d'adultère. Un grand nombre de témoins appuient cette accusation; ils expliquent les faits les plus graves, la demeure suspecte de la femme dans une maison de campagne à vingt lieues de la ville à laquelle son mari était attaché par son office, la grossesse cachée aux yeux du public, l'accouchement encore plus secret, le sieur Quinquet seul averti de la naissance de l'enfant, le baptême conféré par lui, ses soins presque paternels, les aveux réitérés que la mère a faits de sa faute, et ses déclarations contraires à l'état de son fils : tous ces faits obligent les juges à décréter la femme; elle subit une instruction complète, elle est convaincue par les preuves les plus claires : une sentence la condamne aux peines de l'authentique, et le sieur Quinquet à un bannissement par contumace. Marie Delanne interjette appel de ce jugement; il est confirmé par arrêt. Quelque temps après, la nourrice fait assigner le sieur de Vinantes en paiement de ses salaires : le sieur de Vinantes désavoue l'enfant, et demande que le sieur Quinquet soit tenu de le reconnaître. On nomme un tuteur à l'enfant, pour défendre son état. La cause portée à l'audience, arrêt intervient le 15 juin 1693, sur les conclusions de M. d'Aguesseau, qui « maintient et garde la partie de Lamoignon (l'enfant), en sa qualité de fils légitime de la partie d'Arraut (le sieur de Vinantes); condamne la partie d'Arraut de traiter la partie de Lamoignon en ladite qualité, et de payer à la partie de Baudin (la nourrice), ses salaires pour la nourriture de l'enfant dont elle a été chargée, et aux dépens ».

[[Cette jurisprudence est, comme on l'a vu plus haut, n. 3, considérablement modifiée par l'art. 317 du Code Napoléon; et en effet, la raison voulait qu'elle le fût. — « L'excès n'est jamais la vérité (disait M. Duveyrier, à la séance du corps législatif du 2 germinal an 11); et il était bien de revenir avec précaution et scrupule aux lois ordinaires de la raison. — A la vérité, il n'y a pas dans la nature impossibilité physique à ce qu'une femme infidèle doive la conception de l'enfant dont elle devient mère, au mari qu'elle hait et qu'elle évite, et non pas à l'homme dont l'amour la rend l'esclave empressée et soumise. Mais tous les calculs du raisonnement, et toutes les affections morales e la nature elle-même se révoltent contre une telle possibilité. Le doute au moins est inévitable : et disons-le sans crainte, le doute même n'existerait pas sans cette présomption de la loi, si respectable, mais qui n'exerce aucune influence sur les motifs de conviction interne. — Et si ce doute déjà commandé par la loi, plutôt que par la raison, se trouve encore combattu, non par la déclaration de la mère, dont mille motifs ont pu corrompre l'intention et peuvent affaiblir l'effet, mais par un aveu tacite, spontané et continuel, bien plus fort qu'une déclaration passagère et concertée, ne serons-nous pas entraînés vers la vérité, ou du moins vers le besoin d'en chercher l'évidence ? — Si la femme adultère a caché à son mari sa grossesse, son accouchement, la naissance de l'enfant, le sentiment qui lui a dicté ce mystère et imposé les soins et l'embarras qu'il exige, est d'une telle prépondérance, qu'il serait injuste de ne pas l'appeler en témoignage sur la question de la véritable paternité. — Une femme, en ce cas, ne dit rien, ne déclare rien : au contraire, elle se tait et se cache. C'est son cœur lui-même, qui, malgré elle, développe ses replis les plus cachés : c'est sa conscience qui laisse échapper son plus mystérieux jugement. Elle se montre toute entière dominée par la conviction intime à laquelle elle sacrifie son propre enfant, et ce que son enfant a de plus cher, la Légitimité. — Alors, ce que la présomption légale du mariage peut exiger, c'est que la présomption contraire, parvenue à un si haut degré de puissance, ne suffise pas encore pour la détruire : mais on ne peut refuser au mari qui a déjà prouvé le crime de sa femme, et le mystère dont elle a enveloppé le fruit de son crime, la faculté d'offrir à la justice les autres preuves qui peuvent compléter la démonstration, et le soustraire aux charges et à la honte d'une fausse paternité. — Voilà la marche éclairée par toutes les lumières de la raison. Daignez, législateurs, jeter les yeux sur le projet de loi; et vous serez persuadés, j'espère, que ses auteurs ont discerné et établi sur ce point délicat toutes les combinaisons de sagesse, qui, sans porter une atteinte dangereuse au fondement social, à la présomption légale de paternité, attribuent cependant à la vérité et à la justice ce qu'elles ont droit d'exiger. — Le projet de loi n'admet l'exception de l'impossibilité morale, fondée sur l'adultère, que sous trois conditions formelles. — Il faut que l'adultère soit constant; et il ne peut l'être que par un jugement public. — Il faut que la femme ait caché à son mari la naissance de l'enfant adultérin. — Et ces deux conditions remplies, il faut encore que le mari présente la preuve des faits propres à justifier qu'un autre est le père de l'enfant ».]]

2° Il y a long-temps, dit M. d'Aguesseau, qu'on a demandé si l'on devait regarder la déclaration du père ou de la mère comme un jugement domestique toujours également décisif, soit qu'il fût contraire ou favorable aux enfans. Le nom sacré de père et de mère, et la tendresse que la nature

Source : BIU Cujas

leur inspire pour leur propre sang, ne semblaient pas pouvoir permettre qu'on doutât de la vérité de leur suffrage.

Aussi voyons-nous que chez les Grecs, suivant le témoignage d'Aristote, la déclaration de la mère était toujours suivie par les sentences des juges : arbitre de la destinée de ses enfans, elle décidait souverainement de leur sort ; et quoique chez eux l'autorité du père ne fût pas si grande, il paraît néanmoins qu'on y a aussi déféré plusieurs fois.

Les législateurs romains, ou plus sages ou plus instruits par l'expérience de plusieurs siècles, ont établi une maxime contraire ; et si nous voyons dans leurs lois que la reconnaissance du père est un grand préjugé pour assurer l'état de son fils, nous y voyons en même temps que, quelque déclaration que la mère ait faite contre l'état de ses enfans, la vérité conserve toujours ses droits, et qu'on doit la chercher par toutes sortes de voies, même après le serment de la mère. — Dans la loi 29, §. 1, D. *de probationibus et præsumptionibus*, l'on demande au jurisconsulte Scœvola, si une déclaration faite par une mère irritée, peut nuire à ses enfans, *an... obsit professio à matre iratâ facta?* et il répond que la vérité conservera tous ses droits, *veritati locum superfore.* — La loi 14, C. *de probationibus*, est encore plus positive : *Non nudis asseverationibus, nec ementitâ professione (licet utrique consentiant), sed matrimonio legitimè concepti, vel adoptione solemni filii civili jure patri constituuntur.*

Tous les docteurs ont suivi unanimement cette disposition. Barthole et Menochius blâment même d'ignorance deux princes d'Italie, qui, par un excès de déférence pour la déclaration de leur mère, renoncèrent à leur état, parcequ'elle les avait assurés, en mourant, qu'ils n'étaient pas fils de son mari.

Enfin les arrêts ont tant de fois décidé cette question, qu'on peut dire que ce n'en est plus une aujourd'hui.

« Dans l'arrêt du 2 août 1649 (dit Lebrun), on n'eut aucun égard à la déclaration passée par Madeleine Berard, portant que l'enfant dont elle était accouchée, n'était pas de Jean Pelors son mari, quoique l'accouchement arrivé dix mois neuf jours depuis l'absence de Jean Pelors, rendît cette déclaration fort vraisemblable..... Il y a aussi un arrêt du parlement de Toulouse, lequel est rapporté par M. de Cambolas, liv. 3, chap. 22, qui ordonna que, nonobstant la déclaration de la mère, qui s'accusait elle-même de s'être supposé un enfant pris à l'hôpital, pour empêcher l'effet d'une substitution faite à son mari, en cas qu'il décédât sans enfans, l'enfant dont on avait contesté l'état, serait enterré dans le sépulcre de la famille ».

Nous ne rappellerons plus ici les arrêts déjà cités des 5 juillet 1655, 26 janvier 1664, 15 juin 1693 et 16 juillet 1695, par lesquels d'autres enfans ont été jugés légitimes, nonobstant les déclarations de leurs mères qui avaient voulu les faire passer pour bâtards adultérins : mais nous en ajouterons deux autres qui ont également fait triompher la Légitimité, des refus injustes et dénaturés des mères. Le premier est du 21 avril 1693 ; il est intervenu sur les conclusions de M. d'Aguesseau, et on le trouve à la suite du plaidoyer de ce magistrat. Le second est du 20 juin 1713 ; il a été rendu sur les conclusions de M. Chauvelin, et il est inséré dans le Journal des audiences. Ces deux arrêts maintiennent des enfans désavoués par leurs mères, dans la qualité de fils légitimes d'elles et de leurs maris.

[[La loi du 19 floréal an 2 a mis le sceau à cette jurisprudence : « La convention nationale (porte-t-elle), après avoir entendu le rapport de son comité de législation sur l'exposé qui lui a été fait que l'officier public de la commune de Paris a refusé de recevoir la déclaration faite par une citoyenne, que l'enfant dont elle est devenue mère, est d'un autre que son mari ; — Considérant qu'il est dans les principes de notre législation, que la loi ne reconnaît d'autre père que celui qui est désigné par le mariage ; qu'une déclaration contraire est immorale, et qu'une mère ne saurait être admise à disposer à son gré de l'état des enfans de son mari ; — Approuve le refus fait par l'officier public de la commune de Paris, de recevoir une semblable déclaration ; et décrète que l'acte de naissance, énoncé dans celui fait par le commissaire de la section de Chalier, le 23 pluviose, n° 85, sera rédigé sans faire mention de cette déclaration ; et que, si elle a été insérée sur le registre de la section, elle y sera rayée ».]]

VI. Mais si l'adultère et la déclaration de la mère ne sont pas des preuves suffisantes de l'illégitimité d'un enfant, lorsqu'elles sont séparées, ne doit-on pas au moins y ajouter plus de foi lorsqu'elles sont réunies et même jointes à d'autres faits qui portent également l'empreinte de la vraisemblance ? On a quelquefois soutenu l'affirmative ; mais les arrêts ont toujours proscrit cette opinion. — Dans l'espèce de celui du 2 août 1649, la femme était accouchée dix mois et neuf jours après le départ de son mari pour les bains de Barbotan, où il avait passé un an pour se guérir d'une paralysie : elle avait fait une déclaration portant que son enfant était bâtard adultérin ; et il y avait preuve, par les informations, de l'assiduité qu'un jeune homme avait eue auprès d'elle. — Dans celui du 5 juillet 1655, la mère avouait son adultère ; elle déclarait hautement et en face de la justice, que son enfant n'appartenait pas à son mari : celui-ci se prétendait impuissant, et une sentence de l'official l'avait presque jugé tel. — Dans celui du 26 janvier 1664, la mère avait quitté son mari demeurant à Pontoise, elle était arrivée seule à Paris, y était devenue grosse, et n'était accouchée que onze mois après. Le mari, qui était d'une santé languissante, avait rendu plainte en adultère

Source : BIU Cujas

devant le prévôt général de Meulan ; et la femme avait déclaré, dans trois interrogatoires successifs, qu'elle était coupable, et l'enfant adultérin. — Dans celui du 15 juin 1693, l'absence du mari, la présence de l'adultère, le secret de la grossesse de la femme, le mystère de la naissance du fils, l'obscurité de son éducation, les soins du sieur Quinquet, les interrogatoires de la mère, le désaveu du mari, tout semblait se réunir pour faire prononcer l'illégitimité de l'enfant. — Cependant on a vu que dans ces quatre espèces, le parlement de Paris a embrassé le parti de la Légitimité. — Voici comme s'exprimait là-dessus M. d'Aguesseau, lors du dernier arrêt. « Telles sont les preuves qui résultent des informations ; preuves si considérables, que, lorsqu'on les réunit, les principes mêmes du droit et les maximes les plus certaines paraissent devenir douteuses, en considérant un si grand nombre de témoignages non suspects, qui concourent à faire présumer que celui qui réclame l'état de fils légitime, est le fruit du crime de sa mère. N'abandonnons pourtant pas l'autorité des seuls principes qui puissent assurer la naissance des hommes ; et ne nous laissons pas tellement frapper par cette multitude de présomptions, que nous donnions atteinte aux fondemens de la société civile. Ces argumens sont vraisemblables ; mais ils ne sont pas invincibles ».

[[Aujourd'hui, d'après l'art. 313 du Code Napoléon, rapporté et expliqué ci-dessus, n. 3 et 5, la déclaration d'une mère convaincue d'avoir trahi la foi conjugale, ne suffirait pas plus que sous l'ancienne jurisprudence, pour faire juger illégitime l'enfant dont la naissance n'aurait pas été cachée au mari. Mais si, aux précautions prises pour dérober au mari la connaissance de l'accouchement de la mère, venait se joindre la déclaration de celle-ci, cette déclaration formerait incontestablement l'un des principaux élémens de la preuve que le mari serait autorisé à faire de sa non-paternité. *V.* ci-après, sect. 4, §. 2.]]

VII. Si les déclarations d'un père ou d'une mère ne peuvent jamais préjudicier à l'état d'un enfant, à plus forte raison en doit-il être de même de celles qui sont faites par des tiers. Ainsi, quand les personnes qui l'ont présenté au baptême, lui auraient attribué dans l'acte un autre père que le mari de sa mère, la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, ne l'en ferait pas moins regarder comme légitime.

C'est ce qui a été particulièrement jugé par l'arrêt cité du 29 février 1702 ; car la fille dont Elisabeth Rouillon était accouchée pendant l'absence de Charles de La Plissonnierre, son mari, avait été baptisée sous le nom de Nicolas Delacour, avocat à Aix ; et cependant elle a été déclarée fille et légitime héritière de Charles de La Plissonnière. En vain objectait-on que si l'extrait baptistaire prouvait qu'elle était fille d'Elisabeth Rouillon, il prouvait pareillement qu'elle était fille de Nicolas Delacour, et qu'on ne pouvait pas diviser l'acte. Cette objection ne paraît pas avoir été bien discutée dans la cause dont il s'agit : mais rien n'était si aisé que d'y répondre. Quand il y a un mariage (pouvait-on dire), la déclaration de maternité fait toute la substance d'un acte de baptême, parceque le mariage démontre le père, et que la paternité se prouve alors par la maternité même. Ainsi, la demoiselle de La Plissonnierre pouvait faire ce raisonnement : mon extrait baptistaire nommant Elisabeth Rouillon pour ma mère, nomme, par cela seul, Charles de La Plissonnierre, son époux, pour mon père ; si l'on trouve ensuite un nom supposé, cette énonciation fausse est détruite d'avance et rejetée par l'acte même qui a déjà nommé virtuellement le père ; de sorte que, dans la précision des principes, le nom de Nicolas Delacour est une superfluité qui ne peut pas plus nuire à mon état, que si on lisait dans l'extrait baptistaire : *une telle, fille d'Elisabeth Rouillon et de Charles de La Plissonnierre son époux, et de Nicolas Delacour.*

Mais il n'est guères de décision plus remarquable en cette matière, que celle qui a portée sur l'état d'un enfant né pendant le mariage du sieur de Pont et de la demoiselle Alliot. — Ces deux époux étaient un exemple de cette antipathie que la nature place quelquefois entre deux personnes qui se haïssent, pour ainsi dire, avant de se connaître, et ne peuvent se trouver ensemble sans être repoussés par un instinct secret dont ils ignorent la cause, mais qui fait, pour chacun d'eux, un supplice de leur présence respective. — Voici comment ils racontaient tous deux l'histoire de leur mariage :

Le sieur Alliot, alors conseiller aulique, et commissaire-général de la maison du roi Stanislas, était chargé d'un grand nombre d'enfans. Il en avait huit, six garçons et deux filles. L'aînée des filles avait vingt trois ans, et n'était point encore établie. Il s'occupait du soin de la pourvoir, lorsqu'un de ses amis, qui était aussi l'ami de M. de Pont, conseiller à la cour souveraine de Nanci, pensa qu'il serait convenable aux deux familles de marier le jeune de Pont avec la demoiselle Alliot. — Cette alliance plut au sieur Alliot ; mais elle ne fut pas du goût du père du jeune homme : il la refusa absolument. — On crut, après sa mort, qui suivit de près ce refus, pouvoir renouveler la proposition à son fils, qui ne l'accueillit pas mieux que ne l'avait fait son père ; mais elle flatta sa mère, son oncle et son beau-frère, qui employèrent avec tant d'adresse les menaces et les prières, qu'ils obtinrent de lui que, du moins, il se laisserait conduire à Lunéville, pour y voir la demoiselle Alliot. On se flattait que les graces dont la nature l'avait pourvue, feraient, sur le cœur de ce jeune homme, une révolution qui mettrait le désir à la place de la répugnance. — Mais la peine qu'il avait eue de se déterminer à cette entrevue, n'approchait point de la douleur que la demoiselle Alliot ressentit, lorsque son père lui déclara ses intentions et ses vues sur le sieur de Pont.

Source : BIU Cujas

— Quand elle sut que c'était lui que son père lui destinait pour époux, elle sentit naître au-dedans d'elle-même une de ces aversions violentes, et d'autant plus difficiles à vaincre, que, destituées de tout fondement raisonné, c'est la nature même qui les cause. Après bien des combats entre la piété filiale et sa répugnance à obéir, celle-ci l'emporta, et la demoiselle Alliot prit sur elle de déclarer son aversion invincible. — Le père combattit cette répugnance par des raisons de convenance qui auraient pu avoir du poids sur un esprit libre, mais qui ne purent rien contre le sentiment. Le sieur Alliot dit enfin à sa fille qu'il fallait qu'elle optât entre ce mariage et un couvent. « Je préfère le couvent, dit-elle. — Non, mademoiselle, vous n'irez point au couvent, vous y seriez trop heureuse. Je vous garderai chez moi; vous y manquerez de tout: vous y serez la créature la plus misérable, et votre chambre vous servira de prison jusqu'à ce que vous m'ayez obéi ». Tous ces faits étaient consignés dans les interrogatoires juridiques subis par les parties. — La dame Alliot aimait tendrement sa fille; mais, sur ce mariage, elle pensait comme son mari. Elle eut vainement recours aux plus séduisantes promesses, aux caresses et aux prières les plus touchantes, rien ne put ébranler sa fille. « Je suis plus affligée que vous, disait-elle à ses parens, en versant un torrent de larmes, de toutes les peines que vous cause ma résistance ». — Ils la menacèrent de la déshériter, la chassèrent de leur présence, et la reléguèrent dans sa chambre. Pour s'assurer qu'elle n'en sortirait pas, une domestique affidée fut établie auprès d'elle; et, pour ne laisser à ce gardien aucun prétexte de quitter son poste, on lui apportait à manger dans la chambre de sa prisonnière. — Cette sévérité ne produisant aucun effet, on se flatta que l'autorité du roi de Pologne serait plus efficace. Il manda la demoiselle Alliot; sa mère l'accompagna. Le prince écouta les raisons de la mère. La fille répondit que son aversion était si profonde et si forte, qu'il n'y avait point de supplice au monde qu'elle n'aimât mieux souffrir que cette alliance. — Après l'avoir écoutée tranquillement, le roi de Pologne lui fit une réprimande sur le chagrin mortel qu'elle causait à ses parens, et finit en lui disant: « Vous n'avez point d'autre parti à prendre, que d'obéir à vos parens ».—Elle fut aussitôt consignée de nouveau dans sa prison. Il y avait dix jours qu'elle y était, ne se nourrissant que de ses larmes, quand le sieur de Pont arriva à Lunéville, accompagné de son oncle et de son beau-père. Dans les dispositions et dans l'état où était la demoiselle Alliot, comment le lui présenter? Elle ne veut pas quitter sa chambre pour aller au-devant de lui, et proteste qu'on la traînera plutôt que lui faire faire un pas. Le père ne pouvant rien gagner sur elle, va chercher le sieur de Pont, et l'introduit dans la chambre de sa fille. On ne peindra point ici cette entrevue, à laquelle présidèrent, de part et d'autre, la tristesse, le dédain et la haine. Il suffit de dire que le sieur de Pont, en approchant de la demoiselle Alliot, sentit naître pour elle une aversion égale à celle qu'elle lui portait. — Il sortit de Lunéville avec le dessein de n'y plus rentrer, et dès-lors il médita son évasion de la province. On s'en douta, et on le fit garder à vue. On lui remontra, avec la plus dure énergie, que, par sa fuite, il s'attirerait la colère du prince; qu'on ne rompait pas impunément un engagement agréé de deux familles respectables, et autorisé du roi; qu'il perdrait l'office de son père, et ne pourrait posséder aucune autre charge. Sa mère, s'il persistait, devait le bannir de sa maison, et l'exhérédation devrait suivre de près ce bannissement. — L'accablant appareil d'une famille menaçante jeta le trouble dans l'ame de ce jeune homme, qui sortait à peine de sa dix-neuvième année. On le ramena à Lunéville. — La demoiselle Alliot voyant le moment du sacrifice arrivé, essaya trois fois de se délivrer de la vie, et trois fois ses tentatives furent vaines. La surveillante, qui l'observait, les découvrit; elle en avertit un religieux qui en instruisit les parens. Dès l'instant, les gardes furent doublées, et la prison devint plus étroite. Ces faits sont encore consignés dans les interrogatoires. — Enfin, le jour du sacrifice arrive, le temple s'ouvre. M. l'archevêque de Besançon attend les victimes à l'autel; le roi, qui préside à la cérémonie, est placé: il n'est plus possible de reculer, ni même d'apporter le moindre retardement. La demoiselle Alliot entre sans rien voir de tout l'appareil pompeux qui l'attend; elle ne sent plus sa douleur. Si elle plie les genoux et s'abaisse sur les marches du sanctuaire, c'est une figure inanimée, dont des volontés étrangères font mouvoir à leur gré les ressorts; et, s'il est vrai que ses lèvres aient prononcé le mot fatal qui annonce qu'on veut se lier, elle a toujours protesté qu'elle n'en avait nulle idée; qu'elle était hors d'état de s'entendre; que son cœur eût démenti sa bouche; que ce n'eût été qu'un vain son machinalement exprimé. — Voilà ce qu'elle a toujours attesté; voilà ce qu'a attesté, comme elle, le sieur de Pont, sous la foi du serment. — Au sortir de l'église, ils se rendent au château. Un somptueux banquet y était préparé par l'ordre du prince; et, tandis que le plus noir chagrin les rongeait l'un et l'autre, toute la cour célébrait leur malheur par le bruit d'un concert et d'un bal, et par tout l'éclat d'une fête. Sourds au tumulte, abîmés en eux-mêmes, ce séjour magnifique et brillant fut pour eux un affreux désert. — De retour chez le sieur Alliot, et entrés dans la chambre où ils devaient passer la nuit, leurs peines redoublèrent à la vue du lit nuptial. Les cris les plus perçans exprimèrent la douleur de la nouvelle épouse. Elle employa toute la résistance dont elle était capable pour repousser les mains qui la dépouillèrent, et la portèrent évanouie dans son lit. — Revenus à eux-mêmes, et se trouvant l'un à côté de l'autre, les époux s'éloignent, et se retirent tous deux sur les deux bords de cette couche odieuse. Ils l'abandonnent au bout d'une heure, et s'enferment chacun dans une chambre à part. Il n'est pas jour encore, et déjà le jeune de Pont est hors de la maison, et

Source : BIU Cujas

n'est pas rentré à l'heure du repas. La manière dont le dîner se passe, fait augurer comment la nuit s'est passée. Les deux familles s'inquiètent des suites que leur présage ce sinistre début, et l'alarme augmente, quand on apprend que la demoiselle Alliot passe les nuits toute habillée dans un fauteuil. — On s'assemble, on prie, on menace, on n'oublie rien pour engager les deux époux à consommer le mariage. Mais quelle autorité sur la terre pouvait rendre le jeune de Pont époux et père malgré lui? La nature arrêtée dans ses opérations, par la répugnance dont il était affecté, aurait résisté à sa volonté, quand il aurait eu celle d'obéir. — Les deux époux passèrent quelques mois ensemble à Nanci. Toutes les menaces qu'on leur fit, et toutes les précautions que l'on put prendre, rien ne fut capable de les amener à ratifier, par la consommation, une alliance qu'ils détestaient. Cette vérité a été sue dans le temps, et des deux familles qui s'en irritaient, et du public qui condamnait les deux familles : c'était l'histoire de Lunéville et de Nanci. Les deux jeunes gens n'en faisaient point mystère. Le sieur de Pont ne traitait point de femme la demoiselle Alliot : *Mademoiselle, vous n'êtes point ici chez vous*, lui disait-il d'un air furieux et humilié. Loin de prétendre qu'elle fût chez elle, elle pressait qu'on la retirât d'où elle était. — Tant d'épreuves épuisèrent enfin la patiente soumission de la demoiselle Alliot. Elle quitta, comme elle disait, *cet enfer*, et courut pour s'enfermer aux dames Prêcheresses de Nanci. La supérieure refusa de la recevoir sans la permission de ses parens. — A cette démarche, son père ouvrit enfin les yeux ; il la reçut chez lui, et elle resta séparée pour toujours d'un homme dont jamais elle n'avait voulu pour époux, et qui jamais n'avait voulu d'elle pour femme. Jamais elle n'est rentrée chez le sieur de Pont ; jamais elle n'a habité la même ville que lui ; jamais elle ne l'a rencontré, ne lui a parlé, ne l'a vu, n'a eu la moindre relation avec lui. Plus de huit années s'écoulèrent sans qu'il en fût nullement question pour elle. — La première nouvelle qu'elle en eut, ce fut par une assignation qu'il lui envoya, le 3 janvier 1760, pour voir déclarer nul leur mariage à l'officialité de Toul. — Loin de contester, elle forma, le 26 février 1760, une demande incidente aux mêmes fins. Ce fut à Toul qu'au bout de neuf années, les deux parties furent interrogées sur leurs faits de violence. Leurs réponses uniformes, quoique faites séparément, établirent les traits de la plus absolue contrainte. — C'est dans ces interrogatoires que le sieur de Pont répondit, sous la foi du serment, qu'il jurait, par tout ce qu'il y a de plus sacré dans la religion, qu'il n'avait pas consommé son mariage. La demoiselle Alliot faisait le même serment, avec une égale énergie, et l'official continuait l'instruction du procès, lorsqu'un sieur Larralde intervint dans la cause, et, par un incident, suspendit et troubla le cours de la procédure. Voici les faits qui amenèrent cette intervention.

La demoiselle Alliot avait eu occasion de voir très-fréquemment le chevalier de Beauveau. Ses graces personnelles, sa naissance, ses vives et continuelles déclarations la séduisirent ; elle devint enceinte. — Voyant approcher le terme de sa grossesse, elle prit enfin sur elle d'avouer son état à son père. Revenu du premier sentiment de colère et de douleur que lui causa cette affligeante nouvelle, il consulta la prudence et l'honneur, et conseilla à sa fille d'aller, pour éviter l'éclat, faire ses couches à Paris. Le chevalier de Beauveau la suivit. Le 11 janvier 1760, elle mit au monde un enfant mâle. Il fut baptisé dans l'église de la Madelaine-la-Ville-l'Evêque, sous le nom de *Basile-Amable, fils naturel de Ferdinand-Jérôme de Beauveau, et de la demoiselle Marie-Louise Alliot.* Le chevalier de Beauveau signa l'acte de baptême sur le registre. — Ainsi, trois personnages figuraient dans cette affaire : le mari, qui soutenait n'être ni le père, ni l'époux de la mère de l'enfant ; l'amant, qui se déclarait père, et qui jurait de devenir le mari de la mère ; et la mère enfin, qui, n'étant liée que par un nœud formé par la violence, se prétendait libre, et se promettait, quand la justice aurait anéanti le fantôme de son mariage, de devenir la femme du père de son enfant.

L'official semblait donc n'avoir qu'à s'assurer, par une enquête régulière, des faits de violence articulés, et examiner ensuite si ces faits avaient réellement enchaîné la liberté. — Il allait ordonner l'enquête, quand la nouvelle en parvint à des oreilles intéressées à l'empêcher. — Au nom que le mariage de sa mère allait placer sur sa tête, Basile-Amable aurait réuni, par la voie d'une substitution établie dans la maison de Beauveau, de mâle en mâle, des droits sûrs à une fortune considérable, en devenant fils légitime par le mariage subséquent de son père. Or, les personnes à qui cet evenement aurait enlevé l'espérance de recueillir ces grands biens, avaient intérêt de fixer sur la tête du sieur de Pont la paternité de Basile-Amable. — Les vrais moteurs de ce projet ne voulurent point paraître. Un certain Larralde fut nommé par des inconnus, tuteur de l'enfant ; et ayant fait homologuer leur avis au châtelet de Paris, il présenta requête au prétoire de Toul. « Arrêtez, dit-il à l'official, les deux parties vous trompent, elles ont consommé leur mariage. Qu'est-il besoin d'enquêtes sur la violence qui a pu le former, puisque la naissance d'un fils l'a ratifié ? Il est vrai qu'ils l'ont voilé, ce fruit commun de leur union ; la femme a supprimé sa qualité de femme, l'époux sa qualité d'époux. Un jeune seigneur qui s'est prêté à ce complot, a eu la complaisance de signer, par office d'ami, l'acte de baptême d'un enfant qui n'est point à lui. Mais un magistrat français m'a créé tuteur de cet enfant ; c'est à ce titre, c'est en cette qualité que je soutiens valablement le mariage de son père et de sa mère. » — A ces mots de complot formé, d'état d'un citoyen compromis, de tuteur créé en France, l'official fut intimidé ; il craignit, s'il continuait l'instruction du procès,

Source : BIU Cujas

d'entreprendre sur l'autorité séculière. Il suspendit cette instruction ; et, par sentence du 14 avril 1760, il renvoya les parties par-devant les juges qui en devaient connaître, pour faire régler, tant la qualité de Larralde, que l'état de l'enfant mineur.

Sur l'appel comme d'abus de cette sentence, la cour souveraine de Nanci, par arrêt du 10 juin 1760, « déclara nul l'établissement de tuteur fait en France ; fit défenses à Larralde de prendre cette qualité de tuteur en Lorraine, non plus qu'en l'officialité de Toul, pour ce qui concernait la Lorraine ; et à tous juges de la lui laisser prendre, sous telles peines que de droit : déclara pareillement nulle et attentatoire à l'autorité de la cour la procédure instruite par le sieur lieutenant civil :.... déclara pareillement nulle la sentence de l'officialité de Toul, en ce qu'elle avait sursis à prononcer sur les demandes formées par les parties en nullité de leur mariage, jusqu'après qu'il aurait été statué sur l'état de Basile-Amable ; les renvoya par-devant l'officialité, pour y être statué sur lesdites demandes : sursis à faire droit sur la demande de maître Henry (avocat du tuteur lorrain), jusqu'après le jugement à intervenir sur la demande en nullité du mariage ».

Pendant qu'en exécution de cet arrêt, le sieur de Pont et la demoiselle Alliot continuaient l'instruction devant l'official de Toul, qui leur faisait subir de nouveaux interrogatoires sur le fait précis de la naissance de l'enfant, la demoiselle Alliot apprit que le châtelet l'avait décrétée de prise de corps, comme coupable d'avoir supprimé l'état de son fils. — Elle interjeta appel de ce décret au parlement : le chevalier de Beauveau y intervint pour soutenir qu'il était le père de Basile-Amable, et qu'ainsi on n'avait fait à celui-ci aucun tort en rédigeant son acte de baptême, de la manière qu'il était conçu. — La cause portée à l'audience de la tournelle, la demoiselle Alliot employait des moyens qui sont étrangers à notre objet actuel. On les trouvera ci-après, sect. 4, §. 4. — Quant au chevalier de Beauveau, il a élevé des doutes sur la maxime qui attribue au mari l'enfant de la femme : il s'est élevé contre la règle, *pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Il l'a attaquée dans la vue de faire juger que le sieur de Pont n'était point le père de Basile-Amable ; et, comme il ne prouvait pas que le mariage du sieur et de la dame de Pont fût nul, comme il ne parlait, au contraire, que dans l'hypothèse de la validité de ce mariage, tout ce qui est résulté de ses raisonnemens, c'est que Basile-Amable se trouvait dans un cas d'exception, et devait être traité comme bâtard adultérin.

« Heureusement (répondait le défenseur de Larralde, nommé tuteur à l'enfant), heureusement, dans quelque vue que ce système funeste ait été proposé, il n'est point à craindre qu'il triomphe. Les esprits sont trop en garde contre toute doctrine qui tend à diminuer l'autorité d'une règle qui est le fondement le plus ferme du repos des familles. — Sans doute, la justice ne peut jamais, en cette matière, espérer de voir la vérité avec une évidence qui mette, pour ainsi dire, le sceau de l'infaillibilité à ses décisions. — La conception d'un enfant est couverte de ténèbres ; mille nuages peuvent obscurcir son origine ; les passions peuvent y porter leurs fatales influences. Ce qui devrait briller de la clarté la plus pure, l'état des hommes, est ce qu'il y a de plus enveloppé d'ombres et de mystères. Le laissera-t-on, pour cela, incertain ? Non. Il faut, au milieu de ces obscurités, se fixer à des règles immuables qui, en maintenant l'honneur des mariages, et en présumant ce qu'il y a de plus conforme à la pureté des mœurs, font tout à la fois le bonheur des particuliers et la tranquillité générale. C'est sont ces grands motifs qui portèrent les législateurs romains à établir la maxime que nos pères ont reçue avec empressement, qu'ont adoptée toutes les nations policées, cette maxime admirable : *pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant.* On a voulu même, pour la rendre inébranlable, que la conviction de l'adultère de la mère ne donnât aucune atteinte à la Légitimité de l'enfant. — Il n'y a absolument que l'impossibilité physique qui puisse enlever à un enfant, le père que lui montre la loi. Une longue captivité du mari, son séjour dans des climats lointains, son impuissance, quand il en rapporte des preuves lumineuses et exactes, le déchargent d'une paternité impossible dans l'ordre de la nature. Hors de là, la loi reprend tout son empire. — Mais, dit-on, il est deux autres exceptions à la règle : l'impossibilité morale, et l'indivisibilité du titre de l'enfant. Cette dernière a lieu, lorsque la même preuve qui établit la maternité, exclut la paternité. Tel est, dit-on, un acte baptistaire où un enfant est annoncé comme né d'un autre père que le mari de la mère. — Ainsi, on applique cette exception prétendue à Basile-Amable. Quel abus de raisonnemens ! Ses adversaires lui opposent précisément ce qu'il leur reproche. C'est par leur fait que son acte baptistaire lui donne un père étranger ; et il a réclamé, à l'instant, par la voix de son tuteur, contre cette injustice. Peuvent-ils donc se faire un titre de leur crime ? — On argumente encore contre cet enfant d'une impossibilité morale ; mais conçoit-on bien la valeur de ce terme, et peut-on en donner une définition un peu claire ? — L'impossibilité morale doit être un obstacle invincible, et qui ne sera pourtant que moral. Ce doit être un obstacle invincible, puisqu'il forme une impossibilité, et il ne sera cependant invincible que moralement. Y a-t-il rien de moins intelligible ? Veut-on que cette sorte d'impossibilité soit celle qui sera jugée telle dans l'esprit des hommes sur le fondement de quelques circonstances ? En ce cas, voilà des présomptions humaines qui l'emporteront sur la présomption de la loi ; et il n'en faudra pas davantage pour anéantir la loi même, puisqu'elle a été établie précisément pour subjuguer tous les sentimens particu-

Source : BIU Cujas

liers, pour enchaîner tous les soupçons, pour faire taire toutes conjectures contraires : elle savait trop que les vraisemblances, quelles qu'elles soient, sont toutes, de leur nature, trompeuses et équivoques ; elle s'en est défiée. Qu'on admette une vague impossibilité morale, tout rentrera dans l'arbitraire ; on aura égard aujourd'hui à une raison de convenance, demain à une autre. La loi avait voulu que tout fût captivé sous le joug de sa prudente et politique décision ; et c'est elle qui cèdera à des apparences, à des probabilités, à des sophismes ! Rien de plus dangereux au monde qu'un tel système : rien de plus capable d'effrayer ; rien de plus propre à replonger la société dans le trouble, dans le désordre que la sagesse des législateurs a voulu en bannir. — De l'avis des adversaires, on n'a point d'impossibilité physique ni absolue à faire valoir contre Basile-Amable. C'en est assez. Mais on prétend qu'il s'en élève une contre lui dans le sens moral. La chose serait indifférente, quand elle serait vraie. — Elle n'est d'ailleurs point véritable. Sur quelles circonstances, en effet, établit-on cette vaine impossibilité morale ? On n'en relève que deux. — 1° M. de Pont était séparé de fait de la dame son épouse ; l'habitation n'était plus commune entre eux depuis long-temps. Qu'en peut-on conclure ? En avaient-ils moins la liberté de se voir ? Ils ne demeuraient qu'à six lieues l'un de l'autre. M. et madame de Pont n'habitaient point ensemble ; donc il est impossible moralement qu'ils se soient vus. Est-ce là un argument ? — 2° M. de Pont a formé son action en nullité du mariage douze jours avant la naissance de Basile-Amable. Cela est vrai ; et aussi est-ce une des raisons qui concourent à faire connaître que l'obscurcissement de l'état de cet enfant a été l'effet d'un complot. Les adversaires l'interprètent autrement, et ils en inférent que M. de Pont a témoigné par-là qu'il désavouait ce fils ; la singulière preuve encore ! M. de Pont méconnaît son fils : donc il est impossible qu'il soit son père. Il serait injuste qu'il le désavouât, s'il était son père : donc il est impossible que M. de Pont fasse une injustice ! — On cite deux arrêts qui ont admis, à ce qu'on allègue, l'impossibilité morale : le premier de 1701, l'autre de 1745. — Dans l'espèce du premier, un mari poursuivait sa femme comme adultère : elle était dans les prisons ; elle y devient enceinte : elle se sert de cette circonstance pour supposer une réconciliation avec son mari. On a jugé que c'était l'artifice d'une coupable, la ruse d'une prisonnière. Elle ne put point prouver que son mari eût été la voir dans sa prison. — L'espèce du second arrêt n'a pas plus de ressemblance avec celle-ci. L'enfant avait été baptisé comme fille légitime de Marie Leclerc et de Remi Raillard. Elle avait été élevée comme telle. Elle avait toujours porté le nom de Raillard. Long-temps après, elle prétendit qu'elle était fille de Claude Lecourt. Ainsi elle s'élevait et contre son titre et contre sa possession. Elle succomba justement. — Sont-ce des arrêts de cette nature dont il est permis d'abuser ? On en objecte deux à Basile-Amable. Il pourrait en invoquer trente. Le principe salutaire qui protège ici son état, n'est devenu un axiome connu de tout le monde, que parcequ'il a été consacré par la jurisprudence de tous les temps et de toutes les cours. Qu'il lui suffit de citer l'arrêt du 26 janvier 1664, rapporté au Journal des audiences, parceque c'est une occasion d'y joindre les paroles importantes de M. l'avocat général Talon. Ce grand magistrat dit que *quand les héritiers qui plaidaient pour exclure l'enfant, pourraient prétendre de justifier de l'adultère de la mère, cela ne donnerait point atteinte à l'état de cet enfant, parcequ'il suffisait qu'il y eût possibilité que le mari eût vu sa femme pour rendre l'enfant légitime ; que les déclarations des mères ne pouvaient point changer la naissance des enfans, pour lesquels la preuve de la légitimation était le titre du mariage ;.... que comme la preuve de la filiation avait été estimée par les jurisconsultes une chose presque impossible, qu'ils avaient tous résolu qu'il suffisait à un enfant, pour se dire fils légitime, de prouver qu'il était né pendant le mariage,.... à moins qu'il y eût une preuve certaine du contraire, et une impossibilité naturelle et physique, que l'enfant fût provenu des œuvres de celui duquel il se prétendait né.* — Un exemple célèbre et très récent, a prouvé bien authentiquement, jusqu'à quel point la cour est attachée à ces essentielles maximes. On veut parler de l'arrêt du 25 mars 1738, rendu en faveur de la fille d'un magistrat, et sur lequel on nous a conservé l'excellent plaidoyer de Cochin, tome 4, page 469. — Le père et la mère vivaient séparés. Ils avaient fait une transaction qui donnait le droit à la femme de se retirer où elle souhaiterait. Elle accouche. Sa fille est portée à Saint-Sulpice, où elle est baptisée sous le nom de *Michelle*, sans expression d'aucun nom de père ni de mère. Le même jour, le mari se présente accompagné de deux notaires chez le curé : il explique qu'il avait appris qu'on voulait lui supposer un enfant, et il s'oppose à ce qu'on en baptiste aucun sous son nom. Voilà exactement ces deux circonstances dont on argumente contre Basile-Amable. Séparation d'habitation, protestation du mari dans le temps de la naissance. Cependant l'arrêt déclara la fille légitime ; la protestation du père ne servit qu'à suppléer au silence du registre ; et ce qui est remarquable encore, la mère elle-même désavouait Michelle. Elle-même avait pris la plume, avait distribué un mémoire pour la faire rejeter. — Qu'on cesse donc de menacer Basile-Amable d'un avenir sinistre. Il est incontestablement le fils légitime de M. de Pont, si le mariage, sous la loi duquel il a reçu le jour, a été revêtu des formes nécessaires. Or, nul doute que ce mariage ne soit valide. Il est attaqué cependant par les deux époux ; mais c'est au fils à le défendre contre son père et sa mère, et il ne peut le

Source : BIU Cujas

défendre qu'il n'ait un titre en règle. C'est ce que l'official de Toul a décidé. Rien n'est plus juste d'ailleurs, puisque c'est à cet enfant que la provision est due».

Sur ces moyens, par arrêt du 17 juin 1761, rendu conformément aux conclusions de M. Séguier, avocat général, toute la procédure faite au châtelet et au parlement de Paris fut déclarée nulle; il fut ordonné qu'il serait passé outre au jugement de l'instance pendante à l'officialité de Toul, sur la validité du mariage; le chevalier de Beauveau fut mis hors de cour sur son intervention, et condamné aux dépens à cet égard.

On jugea donc à Paris, comme on l'avait fait à Nanci, le 10 juin 1760, que l'état de l'enfant dépendait de la validité du mariage; et que si le mariage était jugé valable, aucune des présomptions d'illégitimité qui s'élevaient contre Basile-Amable, ne devait être écoutée. — En effet, les sieur et dame de Pont ayant poursuivi devant l'official de Toul, la nullité de leur mariage, et l'official l'ayant déclaré bien et valablement contracté, l'état de Basile-Amable ne souffrit plus aucune contestation.

L'arrêt du parlement de Paris, du 31 mai 1745, qu'on opposait à cet enfant, mérite une attention particulière. Voici comment il est rapporté dans le recueil de Denizart.

Claude Lecourt épousa Marie Leclercq à Provins le 30 janvier 1704; trois mois après, ils se quittèrent: Marie Leclercq vint s'établir à Paris, où elle ne se fit connaître que sous le nom de fille: elle se fit recevoir maîtresse couturière, gagna beaucoup, et devint couturière de la reine. Claude Lecourt, son mari, se retira chez un parent qu'il avait aux environs de Provins. Marie Leclercq fit connaissance avec un nommé Remi Raillart, maître d'hôtel du sieur de Viers: il paraît qu'il y avait entre eux une liaison intime. Marie Leclercq, pendant ce temps-là, devint enceinte; et le temps de ses couches s'approchant, elle se retira chez une sage-femme, où elle accoucha, le 2 septembre 1715, d'un enfant mâle qui fut baptisé à Saint-Sulpice. Mais comme la sage-femme ne connaissait point Marie Leclercq comme épouse de Claude Lecourt, elle s'imagina que Remi Raillart, qui lui rendait de fréquentes visites pendant ses couches, était son mari; et elle fit baptiser l'enfant sous le nom de Raillart et Marie Leclercq, son père et sa mere. — Marie Leclercq étant décédée le 23 novembre 1739, le scellé fut apposé sur tous ses effets: François, son fils, se rendit opposant au scellé; il présenta une requête en réformation de son acte baptistaire, demanda qu'à ces mots, *fils en légitime mariage de Remi Raillart*, on substituât ceux-ci, *fils en légitime mariage de Claude Lecourt*; et conclut en conséquence, à ce qu'il fût déclaré héritier légitime de sa mère. Ensuite, comme le scellé avait été apposé à la requête des parens collatéraux de sa mère, fit assigner Claude Lecourt, pour voir déclarer commun avec lui l'arrêt qui interviendrait. — Son avocat, pour établir qu'il était vraiment fils de Claude Lecourt, soutenait qu'il n'avait point existé de Marie Leclercq, femme de Remi Raillart: il produisait cinq lettres adressées de Provins à Marie Leclercq, l'une souscrite de Guerin son oncle, et l'autre de Guerin son cousin; et dans ces cinq lettres on faisait des *complimens à M. Raillart*; ce qui prouvait que Raillart était l'*ami*, et non l'*époux* de Marie Leclercq; il produisait encore des quittances de pensions, qui portaient: « j'ai reçu de mademoiselle Leclercq, par les mains de..... la somme de,..... pour la pension de François, son fils »; ce qui prouvait la maternité de Marie Leclercq; et cette maternité une fois prouvée, la paternité s'ensuivait nécessairement: *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. — L'avocat des héritiers collatéraux répondait que le demandeur n'était point fils de celle qu'il réclamait pour sa mère, puisqu'elle était femme de Claude Lecourt; au lieu que l'extrait baptistaire lui donnait pour mère une Marie Leclercq, à la vérité, mais femme de Remi Raillart. Nous ne savons, disaient-ils, quels sont nos pères et nos mères que par nos extraits baptistaires, auxquels la foi est due; et quand il serait vrai que Marie Leclercq serait effectivement la mère de notre adversaire, ce ne serait pas encore le cas d'appliquer la maxime, *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, puisque Claude Lecourt a refusé lui-même de le reconnaître, et a demandé à prouver que ce n'était point son fils. — M. le procureur général Joly de Fleury, portant la parole dans cette affaire, dit que l'extrait baptistaire est, à la vérité, la preuve la plus authentique de notre naissance; qu'il est aussi quelquefois susceptible d'erreurs qu'on peut réformer; que le prêtre qui le dresse, n'atteste pas que l'enfant qu'on lui présente, soit l'enfant d'un tel et d'une telle; mais qu'il atteste seulement qu'on lui a dit qu'il était né d'un tel et d'une telle; que, dans l'espèce particulière, ceux qui avaient présenté l'enfant, avaient pu se tromper aisément; que c'était une sage-femme qui ne connaissait la mère que sous le nom de la demoiselle Leclercq, et qui n'avait jamais entendu parler de Lecourt son mari; que le parrain et la marraine étaient un porteur de chaise et la fille d'un autre porteur qu'on avait pris à la porte de l'église, sans doute pour des raisons particulières, et qui par conséquent ne connaissaient point les parens de l'enfant; que la mère, d'après les preuves fournies par le réclamant, était certaine, et que d'ailleurs il offrait de faire preuve de plusieurs autres faits qui l'établiraient avec encore plus de certitude; qu'ainsi il semblait que c'était le cas d'appliquer la maxime, *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. — « D'un autre côté (ajouta M. le procureur général), cette règle souffre diverses exceptions. — Elle n'a pas lieu, 1° quand le mari est ou impuissant, ou tellement éloigné, qu'il est impossible qu'il ait pu habiter avec sa femme au temps de la conception de l'enfant: mais ce n'est pas ici le

Source : BIU Cujas

cas d'appliquer cette exception ; Claude Lecourt a donné des preuves qu'il était puissant, puisqu'il a eu de son mariage avec Marie Leclercq une fille qui s'est faite religieuse. D'ailleurs, il n'y a qu'environ dix-huit lieues de Paris à Provins. — 2° Cette règle n'a pas encore lieu, quand une impossibilité morale résulte de titres ou de présomptions contre la paternité. — En appliquant cette seconde exception à l'espèce, on trouve que l'enfant n'a jamais demeuré ni avec sa mère, ni avec le mari de sa mère ; que celui-ci a même offert de prouver que cet enfant n'était point de lui ; ce qu'on lui aurait peut-être permis de faire, et ce qu'il aurait peut-être fait, si la mort ne l'avait enlevé ; — 3° Toutes les quittances étaient données à la demoiselle Leclercq, pour François son fils, et sans qu'il ait été fait mention du nom de Lecourt. Jamais l'enfant n'a porté ce nom, on l'a toujours connu sous celui de François Leclercq. — Enfin, sur les conclusions de M. Joly de Fleuri, est intervenu arrêt le lundi 31 mai 1745, par lequel le réclamant a été débouté avec amende et dépens.

Cette décision est bien hardie, si elle est rapportée fidèlement. On ne voit, dans les circonstances retracées par l'arrêtiste, ni impuissance physique, ni absence suffisante pour faire cesser la règle, *pater is est quem nuptiæ demonstrant;* et ce sont cependant les deux seules exceptions que l'on puisse adapter à cette règle, si l'on veut se conformer à la loi et ne pas abandonner ces sortes de questions à un arbitraire effrayant. — S'il nous était permis de hasarder une conjecture sur l'arrêt dont il s'agit, nous dirions que Claude Lecourt et Marie Leclercq ne s'étaient quittés qu'après une sentence de séparation de corps. Dans cette hypothèse, la cause serait rentrée dans le cas de la seconde exception ; et l'arrêt ne ferait que confirmer ceux des 9 mai 1693 et 1er décembre 1701, rapportés ci-devant.

[[*V.* ci-après, §. 4, n. 7.]]

§. III. *Des enfans nés après la dissolution du mariage.*

I. Pour décider si un enfant né après la dissolution du mariage, est légitime ou bâtard, il faut examiner si sa conception peut se référer à un temps antérieur à cette époque, ou si l'on ne peut lui assigner qu'une date postérieure. Dans le premier cas, on doit le regarder comme légitime, et dans le second comme bâtard.

II. Mais quelles sont les bornes de ce temps? On a peut-être écrit cent traités physiologiques sur la possibilité, l'existence et les causes des naissances tardives ; mais il n'en est guère de plus satisfaisant que celui qui a été publié en 1766, par M. Petit, docteur-régent de la faculté de médecine de Paris.

Voici comment l'auteur y pose la question : *le terme de l'accouchement, dans l'espèce humaine, peut-il s'étendre et se prolonger jusqu'à l'onzième ou douzième mois inclusivement, et même au-delà ?*

« Nous n'avons (dit-il), sur cette question aucune loi ; notre législation n'a rien statué sur les naissances tardives. Il faut donc, pour décider les questions auxquelles elles peuvent donner lieu, consulter d'abord la nature. Or, elle peut-être consultée de deux manières : l'une, en la considérant dans les effets qu'elle le produit ; l'autre, en considérant comment et par quels moyens elle produit ces mêmes effets. La première méthode est, sans contredit, la plus facile et la plus sûre. La seconde exige plus de connaissances, plus de travail, et dépend plus des conjectures ; mais comme elle explique les faits, comme elle en rend raison, elle semble porter dans les esprits de nouveaux degrés d'évidence et de conviction sur la vérité de ces mêmes faits.

» Quoique les enfans naissent ordinairement au bout de neuf mois depuis leur conception, personne ne doute cependant que leur naissance est assez souvent avancée ou retardée ; et cette persuasion vient des exemples que chacun a pu avoir sous ses yeux, ou des récits qui lui en auront été faits. Est-il quelqu'un qui n'ait pas entendu dire plusieurs fois que telle ou telle femme est accouchée au bout de six, sept et huit mois de grossesse ; que l'accouchement de telle autre a été long-temps retardé ? Est-il quelque femme qui ne sache par elle-même, ou par des femmes de sa connaissance, que le terme de neuf mois, sur lequel elles comptent, les trompe souvent dans leurs calculs ? De là cette opinion générale sur l'incertitude des temps des accouchemens ; de là cette foule d'histoires que chaque pays, chaque canton, chaque société a sur des accouchemens prématurés ou tardifs. Nous ne recueillerons point ici les faits qu'on raconte ; ils paraîtraient peut-être ou trop incertains ou trop vagues ; mais ils servent du moins à établir quelle est l'opinion publique à cet égard, et il est évident que l'opinion publique sur une pareille matière, doit nécessairement avoir eu des motifs. Mais c'est sur-tout dans les ouvrages des physiciens et des naturalistes, qu'on doit chercher des raisons pour décider une question qui est de leur ressort.

» Heister rapporte que la femme d'un libraire de Wolfenbutel, étant accouchée treize mois après la mort de son mari, les personnes intéressées formèrent le dessein de lui intenter un procès, et de faire déclarer illégitime l'enfant qu'elle avait mis au monde ; mais faisant attention que, depuis la mort de son mari, cette veuve avait mené la vie la plus retirée, et qu'à l'exception de sa mère, de quelques femmes honnêtes et de son médecin, elle n'avait vu personne en particulier, elles renoncèrent à leur projet. Un jeune libraire, nommé Christopho Misnerus, homme de bonnes mœurs et plein de probité, demeurait chez cette veuve, et lui servait de garçon de boutique ; il ne l'avait point perdue de vue pendant tout le temps de sa grossesse, et la connaissant pour chaste et très

Source : BIU Cujas

honnête, il l'épousa et en eut deux enfans, de chacun desquels elle accoucha au bout de treize mois. M. Heister tenait ce fait de la propre bouche du mari, dont le témoignage ne saurait passer pour suspect, et qui d'ailleurs fut confirmé par le médecin qui avait vu cette femme dans tout le temps de ses trois grossesses. Ce médecin est reconnu par Heister, pour un homme vrai, plein de candeur et de savoir, et distingué d'ailleurs par la place de premier médecin du duc de Brunswick, qu'il occupait.

» On trouve dans Lamothe, deux observations d'enfans nés au treizième mois, et une de la femme d'un ouvrier, qui accoucha à douze mois de sa grossesse.

» Thomas Bartholin assure qu'une jeune fille de Leipsick, qui s'était plainte d'être grosse des œuvres d'un jeune homme riche, fut enfermée et gardée à vue dans une maison de force, par l'ordre du magistrat, et n'y accoucha qu'au seizième mois, d'un enfant qui vécut deux jours.

» Trucy, médecin des bâtimens du roi, atteste que la nommée Pélusier, épouse de Michel, serrurier à Varages en Provence, accoucha d'un enfant au bout de quatorze mois de grossesse. *Cette femme*, ajoute-t-il, *était d'une santé très délicate. Cette délicatesse augmenta considérablement par la grossesse : son mari qui l'aimait beaucoup, et qui est un très honnête homme et fort raisonnable, de l'aveu de tous ceux qui le connaissaient, m'a assuré qu'il ne s'était point approché de sa femme depuis le commencement de la grossesse ; la femme m'avoua aussi la même chose.*

» Lebas, chirurgien, nous apprend, dans ses nouvelles observations sur les naissances tardives, qu'une femme d'environ trente-deux ans, accoucha le 7 janvier 1764, à onze mois de grossesse bien avérée.

» Dulignac, long-temps chirurgien-major du régiment d'Asfeld, certifie que des trois derniers enfans dont sa femme était accouchée, deux étaient nés à treize mois et demi de grossesse, et le troisième à onze mois. *Il faut*, dit-il, *laisser aux maîtres de l'art le soin d'expliquer, s'il est possible, des phénomènes aussi singuliers ; mais je désirerais qu'on ne niât pas le fait, si l'on ne peut en donner l'explication.* Ce n'est point ici une femme et ses collatéraux qui font leurs efforts pour embrouiller la naissance d'un posthume dans les détours de la chicane; c'est un homme de l'art, qui reconnaît une grossesse à quatre mois et demi, par le signe le plus sensible, le plus certain, le plus évident, par le mouvement d'un enfant, dont la naissance n'arrive que neuf mois après.

» A ce petit nombre d'exemples, nous pourrions en joindre mille autres que nous offriraient les auteurs les plus estimés. Nous pourrions même en trouver une assez grande quantité dans une simple thèse de médecine, soutenue à Caen, en 1695, dont la question est *an humani partûs tempora ad decimum quartum mensem prorogari possint:* et la conclusion *ergo humani partûs tempora ad decimum quartum mensem prorogari possunt.* — Mais à quoi bon compiler, entasser des faits et des exemples pour prouver une vérité aussi évidente que celle de l'existence, et conséquemment de la possibilité des naissances tardives ? Eh ! qui pourrait la nier ou la méconnaître ? Qui pourrait se porter à ce ridicule excès du pyrrhonisme, tandis que les facultés de médecine se sont fait un devoir de l'admettre et de la professer publiquement, toutes les fois que l'occasion s'en est présentée ; tandis que les physiciens, les naturalistes, les médecins les plus savans l'ont consacrée dans leurs ouvrages » ?

C'est d'après ces autorités et d'après des observations multipliées, que M. Petit, répondant à la question qu'il s'était proposée, dit que le terme de l'accouchement, dans l'espèce humaine, peut s'étendre et se prolonger jusqu'au onzième et au douzième mois inclusivement, et même au-delà.

Mais notre jurisprudence est-elle, en cela, d'accord ou en contradiction avec la marche de la nature ?

La loi des douze tables déclarait illégitimes tous les enfans qui naissaient après le dixième mois de la dissolution du mariage. *Decemviri in decimo mense gigni hominem, non in undecimo, scripsissent :* ce sont les termes d'un fragment rapporté par Aulu-Gelle en ses *Nuits Attiques*, liv. 3, chap. 16.

C'est aussi ce que décidait la loi 3, §. 11, *de suis et legitimis heredibus*, au Digeste : *Post decem menses mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem.*

Mais l'empereur Adrien donna un édit par lequel il déclara, conformément à l'avis des médecins et des philosophes de son temps, qu'un enfant peut naître dans le onzième mois de sa conception, et que par conséquent il doit être censé légitime lorsqu'il naît à ce terme après la mort du mari. Cet édit ne se trouve point dans la collection de Justinien ; mais il nous a été conservé par Aulu-Gelle à l'endroit cité. Voici les paroles de cet auteur : *Quoniam decemviri in decimo mense gigni hominem, non in undecimo, scripsissent, sed divum Adrianum posteà, causâ cognitâ, decrevisse in undecimo quoque mense partum edi posse, idque ipsum hujus rei decretum nos legimus; in hoc decreto Adrianus se statuere dicit, requisitis veterum philosophorum et medicorum sententiis.*

L'empereur Justinien paraît avoir adopté cette décision; car on le voit dans sa novelle 39, ch. 2, ne se déterminer, dans une espèce particulière, contre l'enfant né après la mort du mari, que parceque sa naissance était arrivée le douzième mois : *nondùm enim completo anno, undecimo mense perfecto peperit, ut non esset possibile dicere quia defuncto fuisset partus, neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est..... Undè sancimus si quid tale contigerit et ante tempus luctûs peperit mulier circa terminum anni, ut indu-*

Source : BIU Cujas

bitatum sit sobolem non ex priore consistere matrimonio. Ces termes semblent faire entendre que le mari doit être regardé comme le père d'un enfant qui naît dans le onzième mois de sa mort.

Ici se placent comme d'elles-mêmes les réflexions que faisait sur cette matière M. l'avocat général Le Nain, lors d'un arrêt du 28 juillet 1705, que nous rapporterons ci-après : — « Dans cette question, (disait-il), qui dépend entièrement de la nature et de ses opérations, il est bien difficile de se régler par des lois, et sur-tout par des lois étrangères; encore que les lois romaines soient regardées dans plusieurs provinces du royaume comme la loi municipale du pays, cependant cette autorité n'étant fondée que sur un usage, il ne serait pas raisonnable de la faire prévaloir aux règles de la nature, qui ne reçoit la loi de personne, et qui au contraire soumet tout le monde à son pouvoir. — Les lois peuvent bien régler ce qui est arbitraire aux hommes, qui, après les avoir créées, se sont fait une première loi de s'y assujettir; mais elles n'ont jamais pu étendre leur autorité sur les mouvemens et les ressorts de la nature, à qui seule appartient le droit de donner un temps à la naissance de l'homme. — En effet, comment serait-il possible aux lois d'établir une règle certaine et uniforme pour un temps que la nature elle-même n'a pas pu fixer, et auquel tout son pouvoir n'a pas pu encore donner de justes bornes, puisque nous voyons tous les jours différens accidens avancer ou retarder l'accouchement des femmes? — Cependant, comme le terme de dix mois est le plus long terme de la grossesse des femmes qui n'ont point d'accidens extraordinaires, on ne peut, dans ces matières qui sont toutes conjecturales, établir une règle plus sûre que celle-ci, c'est-à-dire, de déclarer illégitimes tous les enfans nés dans l'onzième mois après la mort de leur père, à moins que des circonstances particulières ne formassent des présomptions violentes en faveur de la veuve, et ne donnassent lieu de croire que sa grossesse a été plus longue que les grossesses ordinaires..... Il faut donc convenir que les circonstances seules du fait peuvent, dans cette question, fixer notre incertitude, que les sentimens des philosophes et des médecins ne font encore qu'augmenter : car quel inconvénient n'y aurait-il point à reconnaître pour légitimes tous les enfans qui naîtraient après le dixième et l'onzième mois, sans qu'il se trouvât dans le fait des circonstances particulières » ?

Cette doctrine est d'un grand secours pour la conciliation des différens arrêts qui ont été rendus sur cette matière.

III. Voici d'abord ceux qui ont jugé pour l'illégitimité.

Brodeau en rapporte un « donné en la grand'chambre, au rapport de M. Loisel, le 22 août 1626, par lequel il a été jugé que l'enfant né le douzième jour de l'onzième mois après la mort du mari, n'est point présumé légitime ». — Bouguier entre dans de grands détails sur ce même arrêt, et dit qu'il a été rendu en thèse et sans la moindre attention aux circonstances particulières de la cause. Mais, ajoute ce magistrat, les héritiers du mari ayant voulu s'en prévaloir pour faire priver la veuve de son douaire, celle-ci soutint qu'elle s'était comportée dans l'année du deuil avec toute la décence et l'honnêteté possibles, et défia les héritiers de prouver le contraire : en conséquence, arrêt intervint le 8 juin 1632, qui lui adjugea son douaire. — Ces deux arrêts étant directement contraires l'un à l'autre, la fille née dans le onzième mois, prit une requête civile contre le premier; et, par arrêt du 11 mars 1651, elle fut remise au même état qu'elle était avant ce jugement; ce qui la mit à portée de faire valoir, en faveur de sa Légitimité, toutes les circonstances que présentait la conduite irréprochable de sa mère.

Un arrêt du parlement de Normandie du 10 août 1632, rapporté par Basnage, art. 235, a déclaré bâtard un enfant né dix mois et quatre jours après la mort du mari de sa mère. Le père avait été moribond pendant un mois, et les mœurs de la femme étaient scandaleuses.

Pierre-Joseph Geofroy, marchand à Lyon, après avoir vécu plusieurs années dans une parfaite union avec sa femme, disparut tout à coup en janvier 1703. Au mois de novembre suivant, on dénonça au lieutenant criminel, que cet homme s'était noyé dans le Rhône le 26 février de la même année; ce qui fut constaté par une information de quatre témoins. Le 4 mars 1704, sa veuve accoucha d'un garçon. Aussitôt requête de la mère de Geofroy, à ce que cet enfant né, douze mois et six jours après la mort du mari, fût déclaré illégitime. — La veuve mit en fait par ses défenses, que Geofroy avait paru à Lyon sur la fin de mai ou au commencement de juin 1703; qu'ainsi, elle était accouchée dans le terme ordinaire de neuf mois. La mère, pour détruire ce fait, fit entendre de nouveaux témoins, qui, dans leurs dépositions, appuyèrent, par des indices frappans, celles des quatre autres entendus par le lieutenant criminel. — Sur ces procédures, sentence de la sénéchaussée de Lyon, du 31 janvier 1705, qui déclare l'enfant illégitime, et lui fait défenses de prendre le nom de Geofroy. — Appel au parlement de Paris par la veuve. — On disait pour elle, qu'il n'y avait aucune preuve que Geofroy fût mort le 26 février 1703, ni même qu'il le fût encore actuellement; que l'information par laquelle on prétendait prouver qu'il s'était noyé, était absolument nulle, ayant été faite par le lieutenant criminel sur un fait purement civil. — On passait ensuite à la question de droit, et l'on disait : — « Quand il serait prouvé que Geofroy est mort le 26 février 1703, on ne pourrait pas déclarer un enfant illégitime, pour être né douze mois après la mort de son père. On doit toujours présumer pour l'honneur du mariage, lorsque le fait est possible : or, il n'est pas extraordinaire de voir des femmes accoucher à douze et treize mois, et même au-delà : la nature, toujours variée dans ses opérations, n'a point de

Source : BIU Cujas

règle certaine pour le temps de la naissance de l'homme; des évènemens imprévus, venant frapper subitement l'imagination d'une femme, peuvent arrêter la perfection de ce grand ouvrage. Souvent un chagrin mortel, quelquefois aussi une joie excessive, avancent ou retardent le temps ordinaire de l'accouchement; et s'il était vrai que Geofroy se fût noyé dans le Rhône, comme l'intimée le prétend, pourrait-on douter que cette funeste nouvelle n'eût fait sur l'appelante le même effet que de tels accidens font sur toutes les autres femmes »? — Par ces raisons, on soutenait que l'enfant devait être déclaré légitime heritier de Geofroy; et en cas que la cour fît difficulté de prononcer ainsi de suite, on demandait permission de faire preuve, que vers la fin de mai ou au commencement de juin 1703, Geofroy était revenu dans le pays et avait été vu par plusieurs personnes, tant dans la ville de Lyon que dans le faubourg de la Croix-Rousse. — M. Le Nain, avocat général, proposa d'abord les réflexions que nous avons transcrites ci-dessus; les appliquant ensuite à la cause, il dit, que comme l'appelante n'alléguait en sa faveur aucun de ces accidens extraordinaires qui ne doivent ni se suppléer ni se présumer, il n'y aurait pas eu de difficulté à déclarer illégitime l'enfant dont elle était accouchée le 4 mars 1704, s'il avait été prouvé juridiquement que son mari fût mort le 26 février 1703; mais que cette preuve étant nulle de plusieurs chefs, c'était le cas d'en ordonner une nouvelle. — Par arrêt du 28 juillet 1705, la cour déclara la procédure faite par le lieutenant criminel de Lyon, nulle et de nul effet, renvoya les parties devant le lieutenant général de Mâcon, pour faire preuve respective de leurs faits, et condamna l'intimée aux dépens de l'instance de Lyon, ceux de la cause d'appel réservés. — « Par cet arrêt, (dit Augeard), la cour a préjugé qu'un enfant né dans le treizième mois après la mort de son père, ne peut pas être déclaré légitime; autrement il aurait été inutile d'approfondir le fait de savoir si Geofroy était mort le 26 février 1703 ».

Roussilhe, dans ses *Institutions au droit de la Légitime*, n. 40, cite un « arrêt du parlement de Paris du 29 juillet 1758, par lequel un enfant né douze mois et six jours après la mort du mari, a été déclaré illégitime ».

IV. Voyons maintenant quels sont les arrêts qui ont accordé la Légitimité aux enfans nés après les dix mois.

Bouteillier, dans sa *Somme rurale*, en rapporte un de l'an 1475, par lequel le parlement de Paris déclara légitime une fille dont la naissance était postérieure de onze mois entiers au départ de son père pour un voyage d'outre-mer, depuis lequel on ne l'avait plus vu.

Godefroy, sur la novelle 39, fait mention d'une sentence arbitrale des plus célèbres avocats de son temps, qui avait maintenu dans la qualité de légitime, un enfant dont une veuve était accouchée treize mois après la mort de son mari : ce qui a déterminé ce jugement, ajoute-t-il, a été la chasteté de la mère, qui avait toujours été à l'abri de tout reproche.

On a déjà cité l'arrêt du 2 août 1649, qui déclare légitime un enfant né dix mois neuf jours après l'absence du mari, nonobstant la déclaration de la mère qui voulait le faire passer pour bâtard adultérin.

Le Journal des audiences nous en fournit un autre très remarquable; il est du 6 septembre 1653. — Une veuve qui avait toujours vécu d'une manière exemplaire pendant la vie de son mari, déclara aussitôt après sa mort, arrivée subitement, qu'elle croyait être grosse, et se retira dans un couvent. Neuf mois après, elle sentit toutes les douleurs de l'accouchement; mais ces douleurs se passèrent, et ses couches furent retardées de deux mois. Comme sa conduite n'était point soupçonnée, qu'elle avait déclaré sa grossesse aussitôt après la mort de son mari, et qu'elle avait choisi pour demeure un lieu non suspect, presque toute la famille reconnut d'abord pour légitime l'enfant dont elle accoucha: un seul parent de mauvaise humeur prit le parti de lui contester son état; quelques autres se joignirent à lui : mais par l'arrêt cité, « la cour sans s'arrêter aux *interventions*...., a déclaré et déclare ladite Renée de Villeneuve fille légitime dudit défunt René de Villeneuve, et de ladite Dubois ses père et mère, et en ladite qualité l'a maintenue et gardée, maintient et garde en la propriété, possession et jouissance de tous les biens délaissés par ledit défunt son père ».

Pollet, conseiller au parlement de Flandre, nous apprend « qu'un enfant né dans l'onzième mois de l'absence du mari, a été jugé légitime, à son rapport, par arrêt du 8 juin 1693 ».

Il y a sur la même matière trois arrêts du parlement de Rouen qui méritent, à tous égards, d'être connus.

Le premier est du 8 juillet 1695. La dame de Marquetel avait épousé le sieur Emondeville, de Caen, d'un âge très avancé. Après quelques années de mariage, le mari tomba malade, et l'on a prétendu qu'il avait cru sa femme enceinte, qu'il en avait même témoigné sa joie à toute sa famille; sa maladie devint de plus en plus sérieuse; et en peu de temps il mourut. — La veuve déclara sa grossesse, on la nomma tutrice du posthume. — Dix mois s'écoulèrent sans qu'elle accouchât. — L'héritier présomptif la poursuivit devant le juge de Caen, et conclut à ce qu'elle fût tenue de lui abandonner la succession, vu qu'il n'était pas présumable quelle fût grosse. — Elle rapporta des certificats de médecins, chirurgiens et sages-femmes qui attestèrent qu'elle était enceinte. — Leur rapport fut le même après une seconde visite; et ils ajoutèrent que l'enfant avait beaucoup augmenté depuis leur premier procès-verbal. — Le premier juge ordonna que les parties en viendraient au mois. Appel. — Le défenseur des héritiers disait qu'il n'y avait point d'exemples d'une grossesse de quinze mois;

Source : BIU Cujas

qu'il y en avait de dix et même de onze; qu'admettre des naissances comme légitimes après un plus long espace de temps, c'était ouvrir la porte au libertinage et à la fraude. — On répondit pour la veuve qu'il y avait eu des femmes dont la grossesse avait duré dix-huit et vingt mois; que l'intimée, depuis le décès de son époux, n'avait pas cessé de vivre dans le sein de la famille des appelans; qu'au surplus, elle offrait caution de rapporter les revenus qu'elle toucherait, comme tutrice de l'enfant à venir, si l'accouchement n'avait pas lieu. — Sur les conclusions de M. l'avocat général de Mesnibus, le parlement mit l'appellation et ce au néant, et avant faire droit, du consentement de la veuve, la condamna à donner caution dans le mois devant le juge de Caen; ce faisant, la maintint en possession de la succession, s'il y avait lieu, dépens compensés. (Dictionnaire de droit Normand, au mot *Accouchement.*)

« En 1710, le 27 mars, la (même) cour rendit arrêt en faveur de la Légitimité d'un enfant né à 9 mois 17 jours après le decès de son père, et sa mère eut douaire; cependant elle avait, durant son veuvage, donné des marques d'incontinence : un enfant en avait été le fruit deux ans après ». (*Ibid.*, au mot *Enfant.*)

Le troisième arrêt n'a fait que prononcer l'entérinement d'une requête civile; mais c'est en faveur d'un mineur non valablement défendu qu'il l'a prononcé; et dès-là, il forme le plus puissant préjugé sur le fond même de la contestation qui en est l'objet.

Marie-Rose Labsolu, née en 1744, perdit son père en 1764; et peu de temps après, elle épousa Robert Le Sueur, mercier à Caudebec. Au bout de six années de l'union la plus constante, Le Sueur est frappé d'apoplexie; il meurt le 16 mai 1771. — On appose les scellés sur ses effets. — François Le Clerc, se disant héritier du décédé, fait sommer la veuve d'être présente à la levée des scellés et aux inventaires. — Elle répond à cette sommation qu'elle se croit enceinte; et le 11 septembre, elle donne requête pour être autorisée à faire procéder à la tutelle de son enfant. — Elle en est nommée tutrice. — Neuf mois s'écoulent, et la veuve n'accouche pas. — Le 2 avril 1772, Le Clerc présente une requête, par laquelle il expose que l'époque de la prétendue grossesse de cette femme remonte aux derniers jours d'avril; qu'ainsi elle se trouverait enceinte, selon son calcul, de onze mois; ce qui n'était pas présumable : et il conclut à ce que l'enfant qu'elle pourrait mettre au monde, soit déclaré illégitime; que défenses soient faites de l'inscrire sur les registres de l'état civil sous le nom de Le Sueur, et que la veuve soit privée de ses droits. — Le 17 avril 1772, onze mois et un jour après le décès de Le Sueur, sa veuve met au monde un fils : il est baptisé comme légitime. — Cette veuve signifie des défenses à la requête présentée par Leclerc, et s'y borne à soutenir qu'il n'est point contre les règles de la nature, qu'une femme accouche à plus de onze mois. — Le juge de Caudebec rend le 31 juillet une sentence qui accorde à Leclerc ses conclusions. — La veuve en interjette appel au conseil supérieur de Rouen où le jugement est confirmé le 19 mai 1774. — Comme le mineur n'avait point été entendu, sa mère s'est pourvue contre la décision du conseil supérieur par requête civile.

Pour établir que l'état de son enfant avait été mal défendu, elle s'est d'abord attachée à prouver que le fait de sa Légitimité était très possible; et c'est ce qu'elle a fait par une consultation de M. Le Pecq de La Cloture, médecin à Rouen.

« Existerait-il (disait celui-ci), encore quelque doute légitime sur la possibilité, sur la réalité des naissances tardives? — Le spectacle entier de la nature, contemplée dans son admirable ouvrage de la production des êtres classés dans l'un des trois règnes, les autorités des plus grands hommes de tous les siècles, naturalistes, médecins ou philosophes, qui ont observé les règles, les écarts et les erreurs de la nature sur ce premier moment qui donne une vie sensible à chaque corps organisé, les explications physiologiques sur ce point essentiel de l'économie animale, devenues si satisfaisantes depuis que les lumières de l'anatomie et de la physique ont fait servir l'expérience de base aux raisonnemens, une multitude d'observations convaincantes, qui constatent des faits avérés, nous semblaient avoir écarté toute espèce de doute, et épuisé toute difficulté sur cette question, considérée sous un point de vue général. — Convaincus de cette vérité philosophique, que l'accouchement peut être avancé ou retardé par différentes causes générales ou particulières, nous n'entrerons point dans un examen raisonné du mécanisme de l'accouchement; nous ne rechercherons point quel peut être le degré d'extensibilité de cet organe si délicat, si irritable, qui reçoit, qui conserve et laisse s'accroître dans sa cavité le germe fécondé d'un homme, jusqu'au terme qui doit enfin faire réagir les ressorts de sa force contractive, pour expulser un corps qui lui devient nuisible. — C'est à M. Petit, cet homme justement célèbre, dont les connaissances font autant honneur à la chirurgie qu'à la médecine, qu'il fut réservé d'exposer ce mécanisme naturel dans son plus grand jour, et de rassembler, avec l'ordre le plus précis, le plus instructif, tant de matériaux épars sur cette matière importante. — Il ne reste sans doute rien à ajouter aux preuves physiques qu'a fait valoir ce savant médecin. Nous tacherons d'ouvrir une autre preuve de démonstration par une nouvelle voie que nous a frayée l'observation des constitutions ou des grandes intempéries des saisons, comparées avec leurs effets sur nos corps. — Hypocrate nous avait déjà dit : *il en arrive de la conception, de l'avortement et de l'accouchement, à l'égard des femmes, comme de la santé, de la maladie et de la mort, à l'égard de tous les hommes. Ils reçoivent aussi leurs jugemens de la même manière, dans un certain nombre de mois, de quarantaines, de jours, ou d'années. Mais*

Source : BIU Cujas

on sait combien peuvent varier ces différens termes de jugemens par des causes favorables ou contraires. — La durée de la grossesse et le terme de l'accouchement sont donc assujettis, comme les maladies, à l'influence des intempéries des saisons, ou des causes météorologiques. — Ainsi prononce encore le plus exact des observateurs: *Dans les années, où un hiver excessivement pluvieux, qui aura vu dominer les vents du midi, sera remplacé par un printemps sec et aride, devenu tel par le souffle des septentrionaux, les femmes qui devaient accoucher dans cette saison, ont des fausses couches très fréquentes, ou bien leurs enfans naissent infirmes ou malades.* Gallien ajoute dans son commentaire, que cela arrive par la perte du ressort de l'utérus pendant une saison trop pluvieuse, par le grand volume que prend l'enfant alors, et par le rétablissement subit et disproportionné que prend la matrice à l'occasion d'un froid vif et durable.—De ce seul aphorisme on est en droit de conclure que les femmes grossses et leurs fœtus sont susceptibles des impressions des constitutions des saisons, relatives aux corps organisés soumis à leur influence. C'est une vérité confirmée d'ailleurs par l'observation de Bartholin, à Copenhague, en 1672, par celle de Baillon, en 1570 et 1575, à Paris; vérité que la chaîne de nos observations météorologiques, comparées avec les constitutions régnantes, nous a constatée en 1765, à Caen, en 1769 à Rouen. — Mais s'il existe des causes communes, qui soient capables de faciliter la précocité des accouchemens, ne doit-il pas s'en rencontrer dans les constitutions opposées, qui puissent concourir à les retarder? c'est une seconde vérité pressentie, que l'observation nous a également plusieurs fois garantie. — Nous tairons les détails, les explications qui nous conduiraient à cette possibilité physique. Il suffira sans doute aux gens éclairés, aux amis de la vérité, d'apprendre que notre constitution, en 1769, porta ses effets spécialement sur les personnes du sexe, et singulièrement sur les femmes grosses. Nombre de celles qui avaient déjà joui du bonheur d'être mères, tombèrent malades avec des fièvres lentes, pituiteuses; elles éprouvèrent encore des diarrhées et des flux énormes, et accouchèrent effectivement avant leur terme. Mais les jeunes femmes se portaient mieux qu'il ne leur est ordinaire à un premier enfant. Celles-ci n'eurent presque point de fausses couches, la plupart accouchèrent après le terme de neuf mois. Leurs enfans naissaient volumineux, et cependant leurs matrices semblaient être relâchées et paresseuses, difficiles à contracter; c'est pourquoi, sans doute, il y en eut près d'une cinquantaine accouchées avec le forceps, dans l'automne de 1769, et l'hiver suivant. Cette année avait été molle et humide, remarquable par le souffle très long des vents de sud et d'ouest. — Mais l'année 1777 nous a offert de nouvelles observations confirmatives des précédentes. L'intempérie de l'été fut humide, variable et pluvieuse, jusqu'au lever de la lune d'août. J'ai connu cinq femmes qui comptaient accoucher en août et septembre, et qui ont été retardées jusque bien avant dans l'automne. — Il est impossible de ne point communiquer l'observation suivante. Une jeune dame de dix-neuf ans, déjà mère, en possession de la meilleure santé, fit part d'une nouvelle grossesse à son parent, un des plus célèbres chirurgiens-accoucheurs de notre capitale. Elle en était certaine par une suppression décidée, suivie de dégoûts, de nausées, de vomissemens, de la tuméfaction du sein, et de tous les accidens d'un état qu'elle avait déjà connu: elle devait accoucher vers la moitié du mois de septembre. Effectivement, à cette époque, elle éprouva quelques faibles avant-coureurs de l'accouchement: on m'en fit part, et je pris connaissance de l'histoire de sa grossesse, qui remontait alors à neuf mois révolus. Elle soupirait de jour en jour, de semaine en semaine, après l'instant qui la délivrerait d'un enfant, devenu incommode, et de ses inquiétudes qui augmentaient avec le laps du temps: elle n'accoucha enfin qu'après onze mois révolus. Il en fut à peu près de même de ses autres grossesses, dont le terme avait été fixé, à l'aide des connaissances de l'art: elles furent également retardées au dixième et onzième mois. — Réunissons à ces causes communes et occasionnelles du délai des accouchemens, celles qui sont prises dans l'individu même, et que chaque femme peut voir renaître cent fois par des obstacles physiques, bien plus encore par des impressions morales, dont les causes sont d'autant plus multipliées et plus graves, qu'elles sont le fruit de la sensibilité, qu'on les tient souvent plus secrètes, et que la tristesse, l'accablement, la langueur qui résultent d'un chagrin dévoré dans le silence, plongent tous les organes dans l'inertie. — Ainsi, les tribunaux, les magistrats nous semblent autorisés, par une suite de convictions, par l'autorité de tous les âges, par le poids de l'observation, par le suffrage des facultés de médecine, et sur-tout par les preuves multipliées récemment mises au grand jour dans le Recueil d'Antoine Petit, à rendre à la société des enfans que la réunion des circonstances accessoires leur aura permis de croire légitimement nés après le terme ordinaire de neuf mois ».

Après avoir ainsi prouvé que le terme de l'accouchement des femmes peut-être et a été plusieurs fois retardé jusqu'au onzième ou au douzième mois, et même au-delà, la veuve Le Sueur concluait qu'il ne restait plus aux magistrats qu'à examiner quelle avait été sa conduite.

« L'idée qu'on se fait en général de la vertu des femmes (disait-elle par l'organe de son défenseur) dépend beaucoup de l'éducation qu'on a reçue, de la société dans laquelle on a vécu, du genre de lectures qu'on a faites, et de là vient la diversité d'opinion que chacun paraît en avoir. Sans entrer là-dessus dans un détail qui ne touche point d'assez près à l'objet que nous traitons, nous nous contentons de remarquer que parmi ceux qui paraissent croire difficilement à cette vertu, on trouve un grand nombre d'hommes corrompus et frivoles,

Source : BIU Cujas

tandis que les hommes estimables, les hommes instruits se font presque tous un devoir de respecter les femmes et de les défendre. — Nous observons encore que, si la corruption des mœurs a fait des progrès dans les divers états, entre les divers rangs de la société, celui de tous qui s'en est le mieux garanti, c'est cet état de médiocrité dans lequel une femme, à l'abri de la misère et du besoin, ignorant jusqu'à quel point la pauvreté peut avilir l'ame, ne connaît également ni la mollesse de l'opulence, ni le luxe, ni ses insatiables désirs, ni les dangers auxquels il expose; et voilà l'heureuse médiocrité dans laquelle la veuve Le Sueur passa toute sa vie, pendant qu'elle fut fille et épouse. Née à la campagne de parens qui jouissaient d'une fortune aisée, elle ne les quitta pas un seul instant; elle puisa dans cet asile de l'innocence et de la vertu, les principes d'honneur et de sagesse qui ont toujours fait la règle de sa conduite. Mariée à un marchand de Caudebec, elle mérita son estime, celle de ses parens, de ses amis, de ses concitoyens; et se distingua sur-tout par la pureté et la régularité de ses mœurs.—Vous n'osâtes les attaquer, homme avide, homme injuste, qui dévorez aujourd'hui sa substance et celle de son enfant, lorsque vous vîtes qu'elle n'accouchait point dans le terme ordinaire de l'accouchement des femmes; vous aimâtes mieux soutenir qu'elle avait déclaré faussement être grosse, que de lui imputer le crime par lequel elle le serait devenue. Elle met son fils au monde, et alors n'abandonnant point le projet d'envahir la succession de son mari, vous fûtes forcé de dire qu'il n'était pas le père de cet enfant; mais articulâtes-vous un seul fait qui tendît, nous ne disons pas à établir l'inconduite de la veuve, mais à jeter le moindre soupçon sur sa sagesse et sur ses mœurs? Le silence auquel vous fûtes réduit sur un objet si intéressant pour votre cause, ne forme-t-il pas l'éloge le moins suspect de sa vertu. — Et comment auriez-vous eu l'imprudence de calomnier les mœurs de cette femme dans le lieu même où elles étaient le mieux connues, où elles étaient le plus respectées? toutes les voix ne se seraient-elles pas élevées pour les défendre? Le curé, les habitans de Caudebec, les voisins, les amis, les parens du mari et de la femme, tous s'empressent de lui donner des témoignages que la justice et la vérité leur dictent. Ils attestent, ils certifient que la vie, les mœurs de la veuve Le Sueur ont, dans tous les temps, été irréprochables, au-dessus de tout soupçon; qu'elle avait vécu dans la plus grande intimité avec son mari, qui ne s'était jamais plaint de sa conduite; que depuis sa mort, elle avait mené la vie la plus régulière. Les parens déclarent qu'ils ont vu s'accroître sous leurs yeux les différens degrés de sa grossesse, et qu'ils regarderont toujours son enfant comme le fils posthume et légitime de son mari ».

Ici, l'adversaire de l'enfant posthume opposait un moyen séduisant. « L'objet essentiel des lois (disait-il), est de maintenir dans la société l'harmonie, l'ordre et la paix; et tel doit être aussi le but des magistrats, interprètes de ces lois. Si dans les questions soumises à leur jugement, il s'en présentait donc quelqu'une dont la décision, la plus équitable en apparence, tendrait néanmoins à déranger, à troubler l'ordre et la paix de la société, cette décision ne devrait jamais sortir de leur bouche, parcequ'il faut que tout cède à la considération du bien public, considération puissante et qui n'admet aucune restriction : *salus populi suprema lex esto.* — Or, qui pourrait peindre le trouble, le désordre que porterait dans la société, dans les familles, l'admission de la Légitimite d'enfans nés onze et douze mois après la mort de leurs pères? Ne voit-on pas des veuves se livrer à la prostitution et au libertinage, des enfans illégitimes entrer dans les maisons les plus distinguées, de légitimes héritiers dépouillés des biens que la nature et la loi leur destinaient? Ne voit-on pas enfin sortir tous les genres de maux d'un jugement qui, n'ayant statué que sur un évènement singulier, sur un cas d'exception, n'en serait pas moins regardé comme faisant une règle générale? — Il y a plus : en admettant des accouchemens retardés jusqu'au onzième et douzième mois, il est du moins reconnu que ce retardement est extrêmement rare; il ne peut donc jamais y avoir de grands inconvéniens à craindre, en proscrivant indistinctement toutes les prétentions auxquelles ces naissances tardives pourraient donner lieu ».

Ainsi parlait l'adversaire de la veuve Le Sueur. Voici ce qu'elle répondait:

« L'intérêt particulier doit céder à l'intérêt public. Cette proposition a un air de vérité qui séduit; mais n'est-elle point du nombre de celles qu'on répète chaque jour, sans y avoir attaché d'idées assez précises? D'abord, est-il possible que l'intérêt particulier se trouve bien véritablement en opposition avec l'intérêt public? le tort que la société est obligée de faire souffrir à quelqu'un des individus dont elle est composée, n'est-il point, au contraire, une suite, une exécution des engagemens qu'il a contractés avec cette même société, engagemens dont il est forcé d'essuyer les inconvéniens, comme il eût pu en recueillir les avantages? Des exemples rendront ceci plus sensible. — Dans un incendie, on abat une maison, pour empêcher la communication du feu. Le propriétaire avait tacitement contracté l'obligation de supporter cette perte, en prenant une maison qui n'était point séparée des autres. Il avait pu arriver que la maison de son voisin eût été abattue pour sauver la sienne. Il pouvait se faire que dans la suite, il trouvât son avantage dans une semblable précaution.— Un honnête homme prête, en présence de dix témoins, 100 louis à un coquin qui nie les avoir reçus. Le prêteur demande à en faire la preuve, et cette preuve est rejetée, parceque le législateur, convaincu du danger des preuves testimoniales, les a défendues pour les sommes au-dessus de 100 liv. On dit alors que l'intérêt public l'emporte sur l'intérêt particulier; mais on ne fait pas attention que

Source : BIU Cujas

le prêteur, avant de donner ses 100 louis, était soumis à la loi qui lui défendait d'en faire la preuve; en sorte que la perte qu'il fait, peut être regardée comme la peine due à son imprudence. On ne fait pas attention que lui-même peut, dans une autre circonstance, profiter de la loi dont il se plaint, puisqu'elle lui servirait de défense vis-à-vis de quelqu'un qui viendrait lui demander une somme qu'il ne lui aurait pas prêtée. — Mais il n'est aucun cas où un individu soit obligé de souffrir des torts qui ne sont pas relatifs, ou à ses engagemens vis-à-vis de la société, ou aux lois positives par lesquelles elle est gouvernée. — Dira-t-on que les maux affreux sous lesquels on voudrait faire succomber le fils de Le Sueur et sa malheureuse mère, tiennent aux engagemens qu'ils ont contractés envers la société, ou aux lois positives de l'Etat? Un enfant, fruit légitime de l'hymen le plus chaste, a-t-il pu, dans le moment de sa naissance, contracter l'engagement d'être, au gré de la société, ou l'héritier du nom et de la fortune d'un père vertueux, ou un infâme bâtard, rougissant de son existence? La mère dont les mœurs sont au-dessus du soupçon, s'est-elle soumise à l'horrible alternative d'être déclarée, ou une femme vertueuse, ou une vile prostituée, suivant l'avantage qu'y trouverait cette même société? — A l'égard des lois positives de l'Etat, comme il n'y en a aucune qui ait statué sur les naissances tardives, elles ne pourraient, sous aucun rapport, servir de prétexte à la condamnation politique de la mère et du fils. — Mais si l'on ne les condamne pas, des bâtards dépouilleront de légitimes héritiers! — Supposons qu'il échappe à l'oubli, c'est-à-dire, que quelques personnes se rappellent qu'un enfant né onze mois et un jour après la mort de son père, aura été déclaré légitime, quels dangers peuvent-ils en résulter? Une veuve se déterminera-t-elle par cela seul, à quitter la pompe funèbre de son mari pour se jeter dans les bras, non d'un séducteur, mais de celui qu'elle ira séduire? Choisira-t-elle, pour se prostituer ainsi, précisément le temps dans lequel sa prostitution l'exposera le plus à la censure, et sera le plus préjudiciable à ses intérêts? — Au reste, la meilleure manière de juger des effets que peut produire la légitimation d'un enfant né après le terme ordinaire, le moyen le plus sûr d'apprécier les désordres qui peuvent en résulter, c'est d'avoir recours à l'expérience, et d'examiner quelles ont été les suites de légitimations semblables. Depuis le jugement de l'empereur Adrien, l'histoire et les compilateurs d'arrêts nous offrent quelques exemples de naissances tardives déclarées légitimes; qu'en est-il résulté? pas le moindre inconvénient. Un siècle entier ne présente pas à chacun de nos tribunaux une question pareille à juger : et cette rareté n'a rien qui doive nous surprendre, si l'on fait attention aux différentes circonstances qui doivent se réunir pour qu'elle puisse avoir lieu. — Il faut que l'événement, très peu commun, d'un accouchement long-temps retardé, se trouve n'avoir pas concouru avec le temps de la vie du mari. Il faut que le mari soit mort dans les premiers momens de la grossesse de sa femme. Il faut qu'il laisse pour héritiers des hommes avides, et qui aient étouffé dans leur cœur tout sentiment d'honneur et d'humanité. Il faut que la veuve puisse, non seulement se rendre témoignage à elle-même de sa propre vertu, il faut encore qu'elle ait la certitude que sa réputation n'a pas souffert la plus légère atteinte. — Ecartons donc les prétendus inconvéniens, les dangers imaginaires, qu'on veut nous faire envisager et dont la réflexion la plus simple, ainsi qu'une longue expérience, démontre l'illusion. Portons nos regards sur l'enfant qu'une mère vertueuse a conduit au pied de la justice : ils y sont prosternés l'un et l'autre, ils attendent son arrêt. Voilà les seuls objets qui fixeront l'attention des magistrats; ils n'en détourneront point leurs yeux pour se livrer à de vaines spéculations. Et quel juge, ayant à prononcer sur l'honneur, l'état et la fortune d'une mère et d'un fils, pourrait ne pas chercher les motifs de son opinion dans le fait même qui doit leur assurer ou leur faire perdre ces biens précieux? quel juge, après s'être convaincu de la sagesse de la mère, de la Légitimité de l'enfant, pourrait, s'appuyant sur des considérations étrangères, condamner la mère au déshonneur, et son fils à l'opprobre et à la misère? quel juge ne serait pas touché de leur vertu, de leur innocence et de leurs larmes? — Ainsi, rassurons-nous sur le sort de ces deux infortunés; l'intérêt public ne s'oppose point à la réclamation du mineur : cette réclamation, dans la forme, est autorisée sur le texte de l'ordonnance qui permet aux mineurs de se pourvoir par requête civile contre les jugemens dans lesquels ils n'ont pas été défendus. Cette réclamation, au fond, est appuyée sur la possibilité, sur l'existence de naissances plus tardives que la sienne, et sur les mœurs pures et irréprochables de sa mère. Les magistrats doivent donc s'empresser de venir au secours de deux citoyens, dont l'état et l'honneur ont été compromis par une décision injuste ».

Par arrêt du mois de décembre 1779, le parlement de Rouen, faisant droit sur le rescindant, a entériné les lettres de requête civile obtenues par le mineur posthume, et a condamné Jean-François Le Clerc aux dépens.

L'auteur du *Dictionnaire de droit normand* nous apprend, à l'article *Enfant*, que sur le rescisoire, le mineur posthume a gagné sa cause. « Quoique l'arrêt (dit-il), ait été rendu par défaut, et *sans tirer à conséquence*, il n'en résulte pas moins que le terme de l'accouchement des femmes peut être naturellement différé de plusieurs mois après le neuvième, et que ce délai peut être considérable sans ébranler l'état de l'enfant, tant qu'on n'a point de preuves de l'incontinence de la mère ».

[[V. Le Code Napoléon n'a pas cru devoir établir sur cette matière une règle précise; il s'est borné à dire, art. 315, que « la Légitimité de l'en-

Source : BIU Cujas

fant né 300 jours après la dissolution du mariage, pourra être contestée ».

Remarquons la manière dont cet article a été expliqué par M. Duveyrier dans son rapport du 2 germinal an 11 : — « Les naissances tardives n'exigent aucune disposition conditionnelle. Il est clair que la Légitimité d'un enfant pourra être contestée s'il naît dans le onzième mois après la dissolution du mariage, ou, pour mieux dire, au moins trois cents jours après le mariage dissous, parcequ'alors il ne peut plus placer dans le mariage ni sa conception, ni par conséquent la présomption légale de sa Légitimité. — Pourquoi n'est-il pas de droit illégitime, et mis au nombre des enfans naturels ? — Parceque tout intérêt particulier ne peut être combattu que par un intérêt contraire. La loi n'est point appelée à réformer ce qu'elle ignore : et si l'état de l'enfant n'est point attaqué, il reste à l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre. — Parceque d'ailleurs dans le cas de la dissolution d'un mariage par le divorce, le mari qui seul aurait le droit du désaveu, peut n'avoir ni motif ni volonté de l'exercer ; et il doit être, s'il l'exerce, soumis à l'obligation d'éloigner de lui toute preuve de la paternité de l'enfant qu'il désavoue ».]]

§. IV. *Questions communes aux enfans nés dans les trois temps marqués par les paragraphes précédens.*

I. Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent au sujet de la règle, *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, suppose un fait qui, mis en question, peut devenir une source de nouvelles difficultés. C'est la maternité de l'enfant dont il s'agit de fixer l'état.

Il peut y avoir là-dessus deux sortes de contestations : ou ceux qui attaquent la Légitimité soutiennent que la femme dont l'enfant prétend avoir reçu le jour, n'est point accouchée dans le temps auquel se refère sa naissance ; ou, convenant de l'accouchement de celle qu'il nomme sa mère, ils se bornent à soutenir qu'il n'est point ce même enfant qui est venu au monde en tel temps.

II. Sur le premier point, la représentation d'un acte de baptême écarte toute espèce de doute. On sent bien qu'il est possible de donner, dans un acte de cette nature, une mère supposée à l'enfant qu'on baptise ; cependant, dit M. d'Aguesseau, c'est la grande, allons plus loin, c'est presque l'unique preuve qu'on puisse avoir de l'état des hommes. Qu'on renverse cette preuve, tous les fondemens de la société civile sont ébranlés ; il n'y a plus rien de certain parmi les citoyens, si l'on retranche cet argument. Qu'on dise tant qu'on voudra que ce principe est douteux, que rien n'est plus facile à altérer, à dissimuler, à changer même, que le contenu d'un acte baptistaire : toutes ces réflexions sont justes ; mais quelque douteuse que puisse être cette preuve, tout sera encore plus douteux, si on ne l'admet pas, si on la rejette sans des preuves convaincantes de fausseté.

Mais cette preuve, dit le même magistrat, quelque authentique et quelque légitime qu'elle puisse paraître, n'est pas néanmoins la seule ; et comme il n'est pas juste que la négligence des parens, la prévarication de ceux qui conservent les registres publics, les malheurs et l'injure des temps puissent réduire un homme à l'impossibilité de prouver son état, il est de l'équité de la loi d'accorder, dans tous ces cas, une autre preuve qui puisse suppléer le défaut et réparer la perte des registres.

Cette preuve ne peut se tirer que de deux sources ; ou des déclarations et reconnaissances du père et de la mère, ou de la possession de Légitimité.

III. Quoique le père et la mère ne puissent pas, comme on l'a vu ci-devant, §. 2, n. 5 et 6, préjudicier à l'état de leurs enfans par leurs désaveux et leurs déclarations, ils peuvent néanmoins l'assurer par leur suffrage. Cette maxime, qui est due à la faveur de la Légitimité, est établie par la loi 1, §. 12, D. *de agnoscendis et alendis liberis* : les termes en sont très précis : *Grande præjudicium affert pro filio confessio patris.*

Ce que nous disons d'une déclaration expresse, il faut également le dire d'une reconnaissance tacite. « Le traitement paternel (dit Lebrun), et certaines graces qui ne se font qu'à des enfans légitimes, comme de marier un fils pour son principal héritier, ou de l'instituer par testament, sont de fortes présomptions en faveur de l'état de l'enfant ».

C'est sur la puissance du suffrage paternel qu'est fondé un arrêt du 18 juin 1648, rapporté par Soefve, qui déclare les héritiers d'une femme non recevables à accuser sa mémoire de supposition de part, tandisque le mari était vivant et reconnaissait l'enfant dont ils contestaient l'état.

La même chose a été jugée dans notre siècle par un arrêt du grand conseil, dont voici l'espèce. — M. le président de Virasel s'est marié le premier avril 1700 : à peine était-on sorti des premiers jours de nôces, qu'on a vu éclater une funeste division entre lui et la dame de Virasel. Le 7 octobre de la même année, c'est-à-dire, six mois et sept jours après la célébration du mariage, son beau-père lui écrivit que sa femme venait d'accoucher, et que l'enfant était venu mort au monde. La dame de Virasel mourut au mois de novembre 1703 : un mois après, on vit paraître, dans la maison de M. de Virasel, une petite fille qu'il déclara être celle dont son épouse était accouchée en 1700. M. le président d'Aiguille, un de ses plus proches parens, cria à la supposition, et demanda qu'il lui fût fait défenses de faire passer cet enfant pour sa fille : « Eh quoi (disait pour lui le célèbre Cochin) ! un enfant dont on a déclaré la mort dans l'instant même de sa naissance, dont aucun registre de baptême ne fait mention, qui n'a jamais été vu ni connu par aucun parent, par aucun ami, par au-

Source : BIU Cujas

cun domestique, ni du père, ni de l'aïeul; que la mère n'a jamais eu la consolation d'embrasser, on le fera revivre et on l'introduira dans une famille illustre, à la faveur de deux ou trois créatures dont toutes les lois réprouvent le témoignage! Ces sortes de reconnaissances peuvent servir au dénouement d'une comédie trop intriguée; mais c'est se jouer de la justice, que d'en vouloir faire le fondement d'une décision respectable ». — Quelque spécieuse que fût cette défense, elle n'eut cependant aucun succès. Par arrêt du 30 juin 1714, l'enfant fut maintenu dans sa possession de l'état de fille légitime de M. de Virasel. Brillon qui plaidait pour ce magistrat, en fait mention dans son dictionnaire, au mot *Enfant*.

On trouvera ci-après, sect. 3, n, 2, un arrêt du 24 mai 1765, qui prouve que la reconnaissance de la mère n'a pas la même force que celle du père; et il est aisé d'apercevoir la raison de cette différence.

IV. Lorsque les enfans n'ont ni actes baptistaires, ni déclarations de leur père et de leur mère, pour prouver leur filiation, la possession publique vient à leur secours. On ne peut mieux en décrire les effets que ne le faisait Cochin dans la cause de Bourgelat. — « De toutes les preuves qui assurent l'état des hommes (disait-il), il n'y en a point de plus solide et de plus puissante que celle de la possession publique. L'état n'est autre chose que le rang et la place que chacun tient dans la société générale des hommes, et dans les sociétés particulières que la proximité du sang forme dans les familles : et quelle preuve plus décisive pour fixer cette place, que la possession publique où l'on est d'en occuper une depuis qu'on est au monde? Les hommes ne se connaissent entre eux que par cette possession; celui-ci a toujours connu un tel pour son père; une telle pour sa mère; celui-là pour son frère; les autres pour ses cousins : il a été de même reconnu par eux, le public a été instruit de cette relation. Comment, après trente ou quarante ans, changer toutes ces idées, détacher un homme d'une famille dans laquelle il est, pour ainsi dire, enraciné par tant d'actes et de reconnaissances géminées? C'est dissoudre ce qu'il y a de plus indissoluble; c'est, en quelque manière, rendre tous les hommes étrangers les uns aux autres. On ne se reposera plus sur la foi publique et sur une longue habitude de se reconnaître dans un certain degré de parenté; le frère se tiendra en garde contre son frère qui dans peu pourra cesser de l'être, si la possession publique ne le rassure plus contre de telles révolutions; en un mot, c'est ébranler les fondemens de la tranquillité publique, que de ne pas reconnaître l'autorité de la possession publique de l'état. Celui qui l'a en sa faveur, n'est point obligé de remonter à d'autres preuves; elle tient lieu de tous les titres que les ordonnances désirent ».

V. Lorsque les adversaires de l'état d'un enfant conviennent que la femme dont il se dit né, est accouchée dans le temps auquel il place sa naissance, mais prétendent qu'il n'est point celui qui est venu au monde en ce temps, c'est encore à l'acte de baptême, aux reconnaissances des parens et à la possession publique qu'il faut recourir.

L'acte de baptême est, comme nous l'avons dit, la plus sûre et la plus infaillible de toutes les preuves de l'état d'un enfant; mais elle peut être éludée, si elle n'est soutenue par les reconnaissances des parens, par la longueur de la possession, par la connaissance que le public a du nom et de la qualité de cet enfant. En effet, comment prouvera-t-il qu'il est celui que sa mère a mis au monde à une certaine époque, si ce n'est parcequ'il aura été élevé et connu pour ce même enfant pendant un certain nombre d'années? L'acte de baptême, il est vrai, forme toujours une présomption violente en faveur de celui qui le produit; il semble même, au premier abord, que cette preuve doit lui suffire, jusqu'à ce qu'on l'ait convaincu de fausseté et de supposition, en représentant la personne, ou en prouvant la mort de celui dont il emprunte le nom. Cependant il est d'un usage constant, en pareil cas, d'ordonner des preuves ultérieures, et en cela on ne porte aucun préjudice à l'enfant, parcequ'il est presque impossible qu'il soit réduit à l'unique preuve qui résulte de son acte baptistaire. N'y eût-il que les circonstances qui lui ont fait connaître cet acte, elles doivent avoir une relation intime avec l'état qu'il réclame; et, s'il en est autrement, on ne peut le regarder que comme un *imposteur*.

Ainsi, dans la cause de la demoiselle Chamois, jugée par l'arrêt déjà cité du 21 avril 1693, M. d'Aguesseau ne s'est déterminé à conclure en sa faveur, que par le concours de la possession d'état et de l'extrait baptistaire. — « Il peut être certain (disait ce magistrat), qu'il y a eu une Marie-Claude Chamois baptisée sous ce nom dans l'église de Saint-Gervais, fille d'Honoré Chamois et de Jacqueline Girard, sans qu'il soit assuré que celle qui paraît aujourd'hui sous ce nom, soit la même que celle qui l'a reçu autrefois; et la malice d'un imposteur pourrait être assez grande pour prendre l'extrait baptistaire, aussi bien que le nom d'une personne absente ».

La demoiselle Ferrand représentait pareillement un extrait baptistaire; et non seulement on convenait que sa mère était accouchée d'une fille le jour daté par cet acte, mais encore on n'osait pas soutenir que cette fille fût morte. Cependant un arrêt du 27 août 1736 a ordonné à la demoiselle Ferrand de faire preuve des faits de possession qu'elle articulait; et ce n'a été que sur le vu de cette preuve, qu'un arrêt du 24 mars 1738 l'a maintenue définitivement dans l'état qu'on avait voulu lui enlever.

[[VI. Voici quelles sont sur tout cela les dispositions du Code Napoléon :

« *Art.* 319. La filiation des enfans légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil.

Source : BIU Cujas

» 320. A défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit.

» 321. La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. — Les principaux de ces faits sont, — Que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir; — Que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu en cette qualité à son éducation, à son entretien et à son établissement; — Qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société; — Qu'il a été reconnu pour tel par la famille.

» 322. Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre; — Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance ».

VII. Ces dispositions, comme l'on voit, ne font que confirmer l'ancienne jurisprudence; mais en voici une qui la change dans un point capital.

Après avoir dit, art. 323, *qu'à défaut de titre et de possession constante*, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de la filiation peut se faire par témoins (sous les modifications détaillées dans le §. suivant, n. 3), le Code Napoléon ajoute, art. 325, qu'à la preuve testimoniale du réclamant, ses adversaires pourront opposer une *preuve contraire*, et qu'ils pourront faire cette preuve « par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, *ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère* ».

Pour bien saisir l'objet et l'esprit de cet article, il faut le rapprocher de celui qui, adopté d'abord par le conseil d'état, avait été communiqué au tribunat.

L'article communiqué au tribunat, était ainsi conçu : — « La famille à laquelle le réclamant prétend appartenir, sera admise à combattre sa réclamation par tous les moyens propres à prouver, non seulement qu'il n'est pas l'enfant du père, mais encore qu'il n'est pas l'enfant de la mère qu'il réclame ».

Sur cet article, le tribunat a fait l'observation qui suit :

« D'après.... l'examen de cet article, la section a pensé que l'unique objet de sa disposition était de changer la jurisprudence sur un cas particulier facile à prévoir.

» On cite un exemple : un individu qui n'a ni possession ni titre, réclame contre une famille à laquelle il prétend appartenir. Que fait-il d'abord? Il demande que sa réclamation soit jugée relativement à la personne qu'il dit sa mère, et dont il soutient être né durant le mariage : si le jugement sur la maternité ne lui est point favorable, il ne va pas plus loin; il sait que par-là tout est décidé : car dès qu'il n'est point l'enfant de la femme, il ne peut l'être du mari; il ne serait tout au plus que bâtard adultérin. S'il parvient au contraire à faire juger que cette femme est sa mère, il lui suffit, d'après la jurisprudence encore existante, d'opposer, par rapport au père, la maxime, *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Cependant il peut arriver que les parens de la femme, soit par négligence, soit par collusion avec le réclamant, aient laissé accueillir une réclamation très peu fondée, et que les parens du mari se trouvent lésés au dernier point par un jugement dont on prétend conclure que le réclamant était l'enfant du mari, quoiqu'il n'eût été question au procès que de savoir s'il était enfant de la femme. L'article du projet a pour but de parer à cet inconvénient grave; la section ne peut qu'approuver un si juste motif; mais elle pense en même temps, que pour ne rien laisser à désirer sur la clarté du sens, et sur la facilité de l'application, la disposition doit être conçue en ces termes : *La preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir; ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la femme* ».

La proposition du tribunat a été adoptée par le conseil d'état et décrétée par le corps législatif. — Ainsi, il est aujourd'hui bien constant, qu'à l'égard de l'enfant qui n'a ni titre ni possession, la preuve de la maternité de la femme n'emporte plus nécessairement celle de la paternité du mari; et la raison en est, comme le disait M. Duveyrier, dans son rapport du 2 germinal an 11, au corps législatif, « que dans ce cas, il ne s'agit plus de combattre la présomption qui n'existe pas, puisqu'il n'y a ni titre, ni possession d'état, ni contrat de mariage, ni acte de naissance, ni relation connue de parenté et de famille ».]]

SECTION III. *De la preuve des circonstances qui établissent ou font présumer juridiquement la Légitimité.*

I. Il y a, comme on le sait, trois sortes de preuves : celle qui résulte des aveux des parties, la preuve littérale et la preuve par témoins.

Il n'y a aucune difficulté lorsque les circonstances qui établissent ou font présumer juridiquement la Légitimité, sont avouées par les parties, ou constatées par des actes en bonne forme. Dans l'un comme dans l'autre cas, les juges trouvent les faits prouvés d'une manière indubitable, et ce n'est que sur le droit qu'ils ont à prononcer.

II. Mais lorsqu'on ne leur offre qu'une enquête testimoniale pour justifier toutes les circonstances dont on prétend faire résulter une présomption juridique de Légitimité, doivent-ils admettre cette espèce de preuve?

La négative ne souffre aucune espèce de doute dans la thèse générale. Les jurisconsultes romains, quoique naturellement portés à donner aux dépo-

Source : BIU Cujas

sitions des témoins le même effet qu'aux actes les plus solennels, regardaient cependant la preuve testimoniale comme insuffisante dans les questions d'état. Il était, à leurs yeux, du plus grand danger de faire dépendre la destinée d'une famille, son repos, sa sûreté, de l'ignorance ou de la malice d'un témoin passionné, surpris ou corrompu. La loi 2, C. *de testibus*, nous présente un monument bien précieux de cette doctrine. Un affranchi prétendait être né libre et dans l'état d'ingénuité; il consulta l'empereur Alexandre sur la question de savoir s'il pouvait établir sa prétention par des témoins. Alexandre lui répondit : Défendez votre cause par tous les actes et les indices que vous pouvez recueillir, *defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes;* car la preuve vocale ne suffit pas seule pour établir votre ingénuité, *soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.*

Cette décision a été reçue dans nos mœurs, et elle a servi de motif à plusieurs arrêts solennels.

Il y en a un du parlement de Paris, du 7 mars 1641, qui déboute Marie d'Amitié de sa demande en permission de faire preuve par témoins qu'elle était sœur d'Elisabeth et d'Anne Roussel.

On en trouve un autre du 27 mars 1659, qui juge la même chose.

Il y en a un troisième dans le Journal des audiences, sous la date du 12 janvier 1686; il a été rendu sur les conclusions de M. Talon : le plaidoyer de ce magistrat énonce formellement « que la seule preuve par témoins n'est pas suffisante dans les questions d'état; que les dispositions de droit en sont formelles et précises; que si cette voie était admise, elle serait d'une conséquence infinie dans le public, et il n'y aurait plus de sûreté dans les familles ».

Le même recueil nous offre un arrêt semblable, du 29 mars 1691, rendu sur les conclusions de M. d'Aguesseau.

Il y en a un troisième, du 11 mars 1735. Par cet arrêt, le parlement de Paris infirma une sentence des juges de Chinon, qui avait admis un particulier à prouver par témoins qu'il était fils du sieur de Sasilly, quoiqu'il n'eût en sa faveur ni titre, ni commencement de preuve par écrit, ni possession d'état.

En voici un quatrième. Un enfant mâle naît le 7 août 1720, à la Chapelle, près Paris; il est baptisé à Saint-Eustache, sous le nom de Charles-Joseph de Rougemont, fils d'Etienne de Rougemont, officier, et de Jeanne-Michel sa femme, demeurans à Paris, cul-de-sac de Saint-Pierre. Il est depuis élevé dans les pensions et au collège sous le nom de Marie-Joseph-Jean-Baptiste Corrigé de La Rivière. Parvenu à l'âge de dix-huit ans, il entre au service, et reprend le nom de Rougemont. Ce jeune homme avait toujours été placé dans les mêmes pensions et au même collège que les neveux de la dame Hatte, femme du fermier général : cette dame avait été le voir en même temps que ses neveux; elle lui avait témoigné beaucoup d'amitié, lui avait continué ses bontés et ses secours pendant qu'il était au service, mais sans se déclarer sa mère. En 1759, le sieur Hatte est attaqué d'une maladie mortelle. La dame Hatte, qui venait de reconnaître le sieur de Rougemont pour son fils, entreprend de lui concilier aussi le suffrage de son mari : elle emploie à cette fin le curé de sa paroisse et plusieurs autres médiateurs : mais tous ses efforts sont inutiles : le sieur Hatte meurt sans avoir voulu reconnaître ni même voir le sieur de Rougemont. Il laissait deux filles, les dames de Vauvray et de Vieux-Maisons : le sieur de Rougemont se pourvoit contre elles au châtelet, et demande à être admis à faire preuve qu'il est leur frère légitime. L'affaire est évoquée aux requêtes du palais; la dame Hatte y intervient, et reconnaît le sieur de Rougemont pour son fils et celui du sieur Hatte son mari. La cause portée à l'audience, les parties y ont été appointées en droit; mais sur l'appel interjeté par les dames de Vauvray et de Vieux-Maisons, arrêt est intervenu à la grand'chambre, le 24 mai 1765, sur les conclusions de M. Séguier, par lequel le principal a été évoqué, et le sieur de Rougemont et la dame Hatte ont été déboutés de leurs demandes, et condamnés aux dépens.

Le parlement de Rouen a rendu un arrêt semblable, le 26 janvier 1734. — En 1725, une servante du sieur de Beuseville fit assigner le sieur de La Francardière, pour l'obliger à la reconnaître pour sa fille, et à lui donner part dans la succession de sa mère : elle allégua devant les juges des lieux plusieurs faits, à la preuve desquels elle fut admise; et sur l'appel au parlement de Rouen, elle en articula encore de plus positifs. Elle disait, — « 1° qu'elle était née en 1710, de la dame Gérard, épouse du sieur de La Francardière; — 2° Que sa mère, avant d'accoucher, avait retenu pour nourrice la nommée Chevalier, sa fermière, dans la paroisse de Martinville-sur-Ry : — 3° Que la dame de La Francardière étant à Rouen, dans la maison du sieur Baillard son grand-père, accoucha de l'intimée sans secours de sage-femme, et en présence seulement de la servante du sieur Baillard; — 4° Que la dame accouchée envoya cette servante chercher la nourrice, qui vint et emporta l'enfant, avec ordre d'avertir le curé de Martinville qu'il avait été ondoyé; — 5° Que le curé ayant su cela, ne voulut ni suppléer les cérémonies du baptême, ni en rien écrire sur son registre; — 6° Que le sieur et la dame de La Francardière étaient venus plusieurs fois chez la Chevalier pour voir l'enfant; — 7° Que cet enfant s'étant blessé par une chute, la dame de La Francardière crut que la nourrice n'en avait pas pris assez de soins, et le retira, pour le mettre chez la nommée Brunel, dans la paroisse de Blainville; — 8° Que la Brunel était payé en blé, cidre et autres denrées qu'elle prenait chez le sieur et la dame de La Francardière; — 9° Que l'enfant fut ensuite mis chez une autre personne

Source : BIU Cujas

de la paroisse de Salmonville, où le sieur et la dame de La Francardière l'envoyèrent enfin chercher pour le recevoir dans leur maison ; — 10° Que là on lui fit porter le deuil de l'abbé Brice, proche parent décédé ; — 11° Que le sieur et la dame de La Francardière se retirèrent depuis dans la paroisse d'Essettes, et emmenèrent leur fille avec eux ; — 12° Que cette fille étant maltraitée extraordinairement par sa mère, se sauva de la maison, et alla se mettre en service chez le sieur de Beuseville, d'où elle passa chez Duperron, laboureur à Saint-Jean du Chardonnay, qu'elle quitta ensuite pour revenir chez le sieur de Beuseville ; — 13° Que ce gentilhomme étant enfin instruit de son état, alla trouver le sieur de La Francardière, pour l'engager à reconnaître sa fille ; — 14° Que le sieur de La Francardière s'étant rendu, il fut convenu que sa fille intenterait son action, et qu'en défendant il la reconnaîtrait en cette qualité ; ce qu'il n'avait pas fait ». — La cause portée à l'audience, on soutint de la part du sieur de La Francardière, que la preuve testimoniale ne pouvait pas être reçue, et que tels étaient le vœu des lois romaines, l'esprit de nos ordonnances, la décision des arrêts. — Cette défense eut tout le succès qu'elle méritait ; le parlement infirma la sentence qui avait admis les faits articulés, et débouta l'intimée de sa demande avec dépens. « L'arrêt (dit Augeard) passa presque tout d'une même voix, et l'on a su de plusieurs des juges, qu'ils avaient été déterminés par la raison, qu'il serait d'une dangereuse conséquence d'admettre la preuve par témoins dans des espèces semblables ».

III. Tous ces arrêts ont été rendus contre des parties qui, sans indices, sans présomptions, sans commencement de preuve par écrit, voulaient faire entendre des témoins pour déposer en leur faveur : mais il ne faut pas en conclure que cette espèce de preuve soit indistinctement inadmissible dans les questions d'État ; on peut même faire voir par plusieurs textes du Code et du Digeste, que le droit romain l'admettait en certaines circonstances. La loi 6, C. *de fide instrumentorum*, assure que la Légitimité d'un enfant ne reçoit aucune atteinte par la perte des titres : *statum tuum natali professione perditâ, mutilatum non esse certi juris est.* La loi 9, C. *de nuptiis*, est encore plus formelle : elle décide que l'enfant dont l'état n'est constaté ni par un contrat de mariage écrit de son père et de sa mère, ni par une déclaration faite au moment de sa naissance dans les registres publics, ne laisse pas d'être légitime, si son père et sa mère ont été mariés, et qu'il soit né d'eux au vu et su des voisins et d'autres personnes. *Si vicinis et aliis scientibus, uxorem liberorum procreandorum causâ habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ sunt, non ideò minus veritas matrimonii aut susceptæ filiæ, suam habet potestatem.*

Ces dispositions ne sont pas contraires à la loi 2, C. *de testibus* : celle-ci ne rejette pas indistinctement la preuve testimoniale, et celles-là ne veulent point qu'on l'admette dans toutes sortes de circonstances ; il faut donc modifier et expliquer ces textes les uns par les autres. Dans la loi 2. C. *de testibus*, l'empereur Alexandre distingue trois sortes de preuves dans les questions d'état : les actes, les présomptions, les témoins : *defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes ; soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.* Il décide nettement que les témoins ne peuvent pas suffire pour faire une preuve certaine, lorsqu'ils sont seuls, *soli testes ;* mais il ne dit pas que leurs dépositions seront rejetées, lorsqu'elles seront soutenues ou par la foi des actes ou par la force des présomptions ; il fait même entendre très clairement le contraire.

Il suffit donc, pour faire recevoir la preuve testimoniale, que les faits soient accompagnés d'un commencement de preuve qui fortifie et garantisse en quelque sorte la foi des témoins qu'on veut faire entendre. Il n'est pas absolument nécessaire que ce commencement de preuve soit par écrit ; il peut se rencontrer des présomptions, des indices, et un certain assemblage de circonstances qui n'ont pas moins de force que les écrits, lorsque la vérité n'en est pas contestée. Ainsi, le commencement de preuve qu'on exige dans cette matière, est un adminicule quelconque, mais tel que l'enquête venant ensuite à s'y joindre, il puisse en résulter une preuve convaincante et complète.

« Par-là, (dit M. d'Aguesseau), on concilie l'intérêt du public avec celui des particuliers : l'utilité publique est satisfaite, en ce qu'on n'admet pas légèrement la preuve par témoins ; et les particuliers ne sauraient se plaindre, puisqu'on ne les réduit pas à l'impossibilité de prouver leur état, lorsque les actes qui pouvaient l'établir, sont perdus. — Telle est la disposition du droit civil, à laquelle nous ne voyons pas que les ordonnances, qui sont notre véritable droit, aient dérogé. L'ordonnance de Blois et celle de 1667 ont, à la vérité, ordonné que la preuve de la naissance se ferait par le registre baptistaire ; mais, en admettant cette espèce de preuve, elles n'ont pas exclu celle qui se fait par témoins : l'ordonnance de 1667 l'a même permise en un cas, qui est un de ceux du droit civil, c'est-à-dire, lorsqu'on articule et qu'on prouve la perte des registres. Elle ne dit pas même qu'elle ne soit admissible que dans ce seul cas ».

Le procès-verbal de cette ordonnance confirme ce qu'avance M. d'Aguesseau. L'un des commissaires y établit que « lorsqu'il y aura des adminicules de preuves contraires à celles qui résultent des registres, la preuve par témoins pourra être reçue ». Un autre ajoute, « qu'il y aura nécessité en beaucoup de rencontres de recevoir cette preuve ».

Plusieurs arrêts ont adopté ces principes.

Tel est, entre autres, celui qui a été rendu le 27 août 1736, pour la demoiselle Ferrand. Celle-ci avait

Source : BIU Cujas

un avantage bien rare dans ces sortes de cas : il était prouvé par titres, que sa mère était accouchée d'une fille légitime le jour même qu'elle prétendait être née, et il n'y avait pas la moindre présomption que cette fille fût morte. D'après cela, voici comment Cochin établissait sa défense : — « Quand il est prouvé qu'un enfant est né, et qu'il n'y a aucune preuve de son décès, en sorte qu'il ne s'agit que de savoir si celui qui se présente est ce même enfant, non seulement on ne peut refuser la preuve testimoniale, mais, on l'ose dire, c'est une preuve souvent nécessaire, et, pour ainsi dire, la seule à laquelle on puisse recourir. Comment un enfant prouvera-t-il qu'il est le même que celui que sa mère a eu dans un certain temps, si ce n'est parcequ'il aura été connu pour ce même enfant pendant un certain nombre d'années ; et que s'il a été caché depuis par le concours de certaines circonstances, il reste cependant plusieurs témoins en état de le reconnaître et de le manifester à la justice? De là, tant de causes célèbres où la justice a été obligée de déférer à la preuve testimoniale sur la question de l'identité. Un enfant, en quelque âge qu'il soit, ne va pas de temps en temps se présenter devant des officiers publics pour vérifier qu'il est toujours le même enfant; c'est donc une nécessité absolue de recourir sur ce point à la preuve testimoniale ».

Il y a dans le recueil d'Augeard, un arrêt du 13 avril 1726, qui a admis la preuve testimoniale dans une espèce beaucoup plus douteuse que celle dont on vient de parler. — La demoiselle de Saint-Cyr demandait à prouver par témoins qu'elle était née le 8 octobre 1697, du mariage de M. le duc et de madame la duchesse de Choiseul; et elle se fondait sur le commencement de preuve par écrit qui résultait, suivant elle, des pièces qu'elle rapportait. Ces pièces, dit Augeard, étaient, 1° l'interrogatoire du duc de Lavalière, frère de la duchesse de Choiseul, que la demoiselle de Saint-Cyr prétendait lui être favorable, par l'équivoque et l'ambiguité des réponses ; 2° un registre ou livre-journal de Leduc, chirurgien et accoucheur, mort depuis quelques années, où celui-ci avait écrit en détail ce qui avait suivi la naissance de cette fille; 3° l'interrogatoire du chevalier de Lavalière, aussi frère de la duchesse de Choiseul, où il convenait de son accouchement, et que la demoiselle de Saint-Cyr était celle dont elle était accouchée ; 4° Une lettre de la marquise de Tournon, sœur de la duchesse de Choiseul, dans laquelle elle parlait de la demoiselle de Saint-Cyr, et d'une affaire importante qui la concernait : on prétendait que cette affaire ne pouvait être que le dessein qu'elle avait pris de la faire reconnaître pour fille du duc et de la duchesse de Choiseul. — Ces indices ne parurent pas suffisans à M. l'avocat général Gilbert de Voisins, qui conclut à ce que la demoiselle de Saint-Cyr fût déboutée de sa demande : mais la cour en a jugé autrement : l'arrêt cité a permis la preuve par témoins ; et cette preuve ayant été faite, un second arrêt du 18 juillet de la même année a déclaré la demoiselle de Saint-Cyr fille légitime du duc et de la duchesse de Choiseul.

Un arrêt plus récent et bien remarquable en cette matière, est celui qui a été rendu au parlement de Rouen le 21 mai 1765. En voici les circonstances.

Charles Lair, de la paroisse d'Etry, était décédé en 1746, laissant, du mariage qu'il avait contracté en 1729, avec Anne Lecomte, trois enfans, savoir, un fils né en 1730 et mort en 1736, une fille née en 1732, épouse du sieur Roger, une autre née en 1742, épouse du sieur Thouronde. — Les deux filles furent mises en tutelle comme seules et uniques héritières de leur père; leur famille les éleva et les maria sous cette qualité. — En 1755, elles furent assignées devant le juge de Caen, de la part des administrateurs de l'Hôtel-Dieu de la même ville, pour se voir condamner à payer 40 livres annuellement pour la nourriture d'un nommé *Jacques*, élevé en cet hôpital, lequel devait être le fils de Charles Lair et d'Anne Lecomte, sa femme. — Ce Jacques était entré à l'hôpital le 7 mars 1734 ; il avait été baptisé à l'église de St-Etienne de Caen, le 21 février précédent; et dans l'acte de son baptême il était dit *fils d'Anne Lecomte de la paroisse d'Etry, proche Vassi, fille de Nicolas Lecomte et de Marie Lebaron, demeurans à demi-lieue de Vassi ; laquelle Anne Lecomte* (portait le même acte), *est accouchée chez Françoise Legendre, sage femme, ici présente, laquelle certifie que le sieur Regnault, commissaire de police à Caen, a reçu la déclaration d'Anne Lecomte, il y a plus de trois mois.* — En effet, le 27 novembre 1733, la sage-femme, accompagnée d'Anne Lecomte, avait fait à ce commissaire sa déclaration de grossesse, comme fille de Nicolas Lecomte, laboureur de la paroisse d'Etry, près Vere; elle y avait énoncé que l'enfant qu'elle portait, était des œuvres de Guillaume Marguerie ; et elle avait ajouté qu'après qu'elle aurait fait ses couches chez la sage-femme, elle se retirerait chez son père. — Sur cette assignation, sentence du 27 avril 1757, par laquelle les administrateurs sont déclarés non recevables dans leur action. — Pendant six ans, il n'est plus question de Jacques; mais en 1762, il appelle de la sentence de 1757 ; et par l'arrêt cité, la preuve des faits articulés en son nom lors de cette sentence, est admise.

« Que conclure de cet arrêt (dit Houard dans son *Dictionnaire du Droit normand*, au mot *Légitime*), sinon que le lien qui subsiste extérieurement entre deux personnes, et qui, suivant nos lois, les offre à la société comme époux, appartient au public, qu'il n'est pas permis aux deux parties de le rompre? or, ce lien n'unit pas seulement entre elle ces deux parties ; il leur unit tous les individus qui naissent de la femme, durant son union avec son mari : ainsi, l'état de la mère est celui des enfans ; les enfans possèdent par leur mère et en leur père leur état; et comme la mère ne peut anéantir, de

Source : BIU Cujas

son autorité privée, son propre état, il lui est impossible aussi d'en dépouiller ses enfans. Conséquemment lorsque la qualité de fils d'une mère mariée est constante, la preuve de la Légitimité est surabondante; mais elle est indispensable, quand on élève des doutes sur l'identité de celle qu'un enfant a constamment eue pour mère, avec la femme mariée à laquelle il attribue ce titre, parcequ'en ce cas, du nom de celle qu'un acte authentique lui donne pour mère, s'élève la présomption en sa faveur, tant qu'on ne lui indique pas d'autre femme du même nom, dont il aurait pu naître tant que d'autres femmes ne revendiquent pas ce nom, qu'il est né de la seule femme que l'acte indique comme sa mère; et les moindres preuves qu'il joint à la forte présomption résultante de l'acte, lui suffisent pour démontrer l'exactitude de l'application qu'il en fait. Sa preuve n'est pas pour lui un titre, mais elle éclaircit son titre; sans ce titre, sa preuve ne serait pas admise; mais quand un titre obscur est représenté, il est de l'équité que l'enfant, qui n'a pu être l'auteur de cette obscurité, ait la liberté de démasquer la fraude qui en a été le principe. — Quand les arrêts ont refusé aux enfans la preuve par témoins de leur Légitimité, c'était parcequ'ils n'avaient pas même l'apparence de titres, et que les lois s'élevaient contre la légitimité du mariage sur lequel ils fondaient celle de leur naissance ».

[[Cette jurisprudence est à la fois confirmée et perfectionnée par le Code Napoléon :

« *Art.* 323. A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de filiation peut se faire par témoins. — Néanmoins cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuves par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultans de faits dès-lors constans, sont assez graves pour déterminer l'admission.

» 324. Le commencement de preuves par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics, et même privés, émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante ».]]

IV. Une observation qu'il ne faut jamais perdre de vue dans les causes de cette espèce, est que la preuve testimoniale ne peut jamais être admise que quand il s'agit de donner un état à une personne qui n'en a point, ou qui n'en a qu'un équivoque. Toutes les fois que la preuve offerte est combattue par la preuve contraire qui résulte du titre et de la possession dans laquelle est le réclamant d'un état différent de celui qu'il revendique, la justice doit fermer l'oreille à sa demande. Les dépositions des témoins peuvent bien suppléer à la preuve légale qui manque, mais non pas détruire la preuve légale qui existe.

C'est sur ce fondement que le sieur et la dame de Boudeville ont obtenu à la grand'chambre du parlement de Paris, un arrêt qui a débouté la dame de Bruix de sa demande à fin de permission de prouver par témoins qu'elle était fille du marquis et de la marquise de La Ferté. Cochin, leur défenseur, convenait que la preuve testimoniale peut être admise quand les titres et la possession se choquent et se contredisent : « dans la balance de ces preuves contraires (disait-il), on peut, pour se déterminer, emprunter le secours de la preuve testimoniale et de tout autre genre de preuves, parceque la vérité n'étant pas marquée à ces caractères dont les lois exigent le concours, il faut se prêter à tous les éclaircissemens qui peuvent la développer. Mais il ne peut jamais se former une question sérieuse sur l'état d'un citoyen, quand les titres et la possession sont d'accord à son égard, soit que ces preuves se réunissent pour confirmer l'état qu'on lui conteste, soit qu'elles se réunissent pour l'exclure de l'état auquel il aspire ».

C'est ce qu'a encore jugé un arrêt plus récent, dont voici l'espèce.

Antoine Lemarié, demeurant au village de Chanssy, diocèse de Rouen, épousa Marie Carneville, le 17 janvier 1738. En 1741, Marie Carneville quitta la maison de son mari, et fut demeurer avec Jean-Baptiste Banse, cordonnier dans la paroisse de Barneville, située en Normandie, à dix-sept lieues de Chaussy. Ils y passèrent pour mari et femme, et vécurent comme tels. — Le 5 octobre 1742, Marie Carneville accoucha d'une fille. Banse assista au baptême, et déclara dans l'acte qu'il s'était marié avec Marie Carneville dans la paroisse de Notre-Dame de Versailles. L'enfant fut baptisé comme issu de ce mariage, et Banse signa comme père. — En 1750, 1752 et 1753, Marie Carneville accoucha de trois autres enfans, qui furent également baptisés comme enfans légitimes de Banse et de Marie Carneville. Banse signa, comme père, l'acte de baptême de 1750. — Celui-ci mourut en 1754. Marie Carneville assista au convoi, fit insérer dans l'acte mortuaire, qu'elle avait épousé Banse, et signa comme veuve, ou plutôt fit une marque sur le registre, ne sachant point écrire. Elle continua de demeurer dans le village de Barneville sous le nom de veuve Banse, et y éleva ses enfans sous le même nom. — Au mois de novembre 1773, elle maria l'aînée de ses filles, sous le nom de Marie Banse, à Pierre Bezet. — Antoine Lemarié, qui était resté à Chaussy, y mourut en 1774. Marie Carneville qui n'avait point paru dans ce lieu depuis 1741, y retourna pour demander le partage de la communauté aux héritiers collatéraux de son mari; elle passa avec eux un acte, le 30 août 1774, sur les droits qu'elle prétendait exercer; et reconnut dans la transaction, qu'Antoine Lemarié était décédé sans enfans. — A la fin de l'année 1775, Marie Banse et Marie-Anne Banse, qui étaient les seuls enfans de Marie Carneville, les autres étant décédés, réclamèrent le nom de Lemarié, et le partage de la succession d'Antoine Lemarié qu'elles appelaient leur père. — Sentence du bailliage de Magny, qui appointe en droit. — Appel au parle-

Source : BIU Cujas

ment de Paris, et demande en évocation du principal. — Marie Banse et Marie-Anne Banse ont invoqué la règle *pater est*, et ont soutenu qu'il n'y avait que deux circonstances où elle ne pouvait avoir d'application ; que ces circonstances étaient deux impossibilités physiques : la première, d'aller trouver sa femme ; la seconde, d'avoir des enfans. Or, dans l'espèce, disaient-ils, Barneville n'est éloigné de Chaussy que de dix-sept lieues ; et on ne fait point à Antoine Lemarié le reproche de n'avoir pu être père. — Les héritiers d'Antoine Lemarié opposaient les actes de baptême, les reconnaissances du père et de la mère, celles de Marie Banse, lors de son mariage, et la possession constante de l'état d'enfans de Banse et de Carneville. Ainsi, disaient-ils, ce n'est point le cas d'appliquer la règle *pater est* : elle n'est qu'une présomption qui fait rejeter l'idée du crime ; mais cette présomption s'évanouit, lorsque la vérité paraît avec éclat. Les actes de baptême des quatre enfans, l'acte de la sépulture de Banse, l'acte de célébration de Marie Banse, et la transaction de 1774, sont autant de preuves qui établissent l'adultère dans lequel ont vécu Banse et Marie Carneville. — M. l'avocat général Séguier, qui porta la parole dans cette cause, adopta les moyens des héritiers, et fit sentir toute l'horreur et le scandale de la prétention de Marie et de Marie-Anne Banse. — Enfin, la cour, par arrêt du 11 juin 1779, « déclara Marie Banse et Marie-Anne Banse non recevables ; leur fit défenses de prendre le nom de Lemarié ; les condamna à l'amende et aux dépens ; faisant droit sur les conclusions du procureur général du roi, ordonna que l'arrêt serait notifié au procureur général du parlement de Normandie, sauf à lui à faire réformer les actes de baptême et de sépulture dont il s'agissait, et à y faire insérer que les enfans réclamans étaient provenus du commerce illicite de Banse et de Marie Carneville ».

Le parlement de Rouen a rendu un arrêt semblable, le 12 août suivant.

Au mois de juin 1741, Pierre Guérin, fils de Robert, épousa Marie-Suzanne, fille de Robert et de Marie Crépin. Marie-Suzanne avait un frère nommé Louis. A l'époque de son mariage, elle demeurait à Saint-Paul de Courtonne-la-Ville, diocèse de Lisieux. Les nouveaux mariés fixèrent leur domicile chez Robert Guérin père, demeurant à Saint-Julien de Mailloc, paroisse voisine de Saint-Paul de Courtonne. — En octobre 1742, Marie-Suzanne disparut de la maison de son mari. Elle déguisa son nom, alla servir dans la paroisse du Thuit-Lignac, et y resta environ un an. Au mois d'août 1743, elle fut, en qualité de journalière, faire la moisson à Criquebœuf-la-Campagne, paroisse du diocèse d'Evreux, voisine du Thuit-Lignac. A la fin du mois d'août, elle entra au service du sieur Létendart, de la même paroisse, qui n'était point marié : elle y entra sous le nom de Marie Crépin, nom de sa mère ; elle était alors éloignée du domicile de son mari d'environ dix lieues : elle fut toujours crue fille à Criquebœuf. — Le 28 août 1750, elle accoucha chez le sieur Létendart, d'un garçon que l'on envoya secrètement en nourrice dans la paroisse de Crétat, voisine de Criquebœuf ; il fut présenté au curé de Crétat, pour lui suppléer les cérémonies du baptême. Le curé refusa ; on fut obligé de le reporter à Criquebœuf ; et le 28 septembre, il fut présenté au baptême la nuit ; la mère s'y trouva, et voici comment l'acte de baptême fut conçu : « Le 26 septembre 1750, a été baptisé un fils illégitime nommé Louis, né le 28 août précédent en cette paroisse de Criquebœuf, de Marie Crépin, de Saint-Paul de Courtonne-la-Ville, diocèse de Lisieux, demeurant en cette paroisse de Criquebœuf, depuis sept ans, en qualité de servante de M. Létendart, et a été ondoyé à la maison, le jour de sa naissance, par Marie-Anne Le Comte, veuve de maître Antoine Parent Fossard, chirurgien, demeurant à Crétat, à cause du péril où il lui apparut. Et après les interrogations à elle faites, et vu le danger de la vie où était l'enfant, nous l'avons baptisé sous condition. Son parrain Pierre de Laleau, sa marraine, Marie Le Febvre, femme dudit de Laleau, présence de Nicolas Ferey, et de Jeanne Lefebvre, dudit Criquebœuf, et ladite Marie Crépin nous a déclaré que l'enfant était des œuvres de Louis-Suzanne (c'était le nom de son frère), dont elle a dit ne connaître ni la demeure ni la paroisse ». — Cet acte fut signé de Marie Crépin. — L'enfant fut mis en nourrice pendant neuf mois. Après ce temps, la mère le prit et l'éleva chez le sieur Létendart, jusqu'à l'âge de 15 ans ; il était connu dans la paroisse sous le nom de *Bonhomme*. — Le 24 avril 1754, Pierre Guérin décéda. Le 9 mai suivant, Robert Guérin, son père, mourut aussi laissant un seul garçon, nommé Germain. — Germain Guérin se mit en possession du bien de son père et de ce que son frère avait pu laisser. — Marie Suzanne n'apprit la mort de son mari Pierre Guérin, que plus de deux mois après. Elle se rendit à Saint-Julien de Mailloc, renonça à la succession, demanda sa dot et son douaire, sans parler de son enfant. — Germain Guérin contesta le douaire à sa belle-sœur, sur le fondement de l'art. 376 de la coutume de Normandie, qui porte que « la femme n'a douaire sur les biens de son mari, si elle n'était avec lui lors de son décès ». Cela fit la matière d'un procès qui fut porté au bailliage d'Orbec. Ce fut le sieur Létendart qui le poursuivit, en vertu de la procuration de sa servante ; mais il fut obligé de se désister, et sa servante fut privée de son douaire. Celle-ci continua de demeurer chez le sieur Létendart, sans instruire la famille de son mari de l'enfant qu'elle avait, sans lui faire nommer un tuteur. Elle se contenta de l'élever, comme on vient de le dire, dans la maison du sieur Létendart, sous le nom de *Bonhomme*, et elle n'était connue généralement que sous le nom de Marie Crépin. — Son fils parvenu à l'âge de quinze ans, elle l'envoya à Rouen pour apprendre la profession de tapissier. — En 1776, le sieur Létendart mourut. Marie-Suzanne

Source : BIU Cujas

continua d'habiter sa maison. Son fils avait vingt-six ans. Alors il voulut se marier ; sa mère arrêta des articles de mariage avec la future. Voici comment Marie-Suzanne parla dans l'acte : « Laquelle l'a reconnu pour son fils légitime et son seul et unique héritier, désavouant formellement par ces présentes l'acte de baptême dudit Louis Guérin, renonçant à s'en aider et servir... ; déclarant aussi ladite Suzanne que son véritable nom est celui de Suzanne, et n'en a point d'autres ». — Louis Bonhomme, muni de son contrat de mariage, et de la reconnaissance de sa mère, présenta au juge de Pont-de-l'Arche, une requête par laquelle, après avoir exposé les faits et en avoir offert la preuve, il demanda commission pour assigner Germain son oncle, à l'effet de voir réformer son acte de baptême. Germain Guérin fit défaut. Par sentence du 2 juin 1777, Louis fut appointé à prouver cinq faits pour établir qu'il était né de Marie-Suzanne, et que Marie-Suzanne avait déguisé son nom en celui de Marie Crépin, pour conserver sa place chez le sieur Létendart, qui l'eût congédiée, s'il l'eût su mariée. — L'enquête fut faite en conséquence, et il en résulta que Marie-Suzanne était servante chez le sieur Letendart, lorsqu'elle y était accouchée d'un fils dans les derniers jours d'août 1750; que ce fils avait été baptisé la nuit dans l'église de Criquebœuf cinq à six semaines après sa naissance ; que sur la déclaration de la mère qui était présente au baptême, son enfant fut inscrit sous le nom de Louis-Suzanne ; qu'on l'appelait dans la paroisse *Bonhomme ;* que lors de l'enquête, on l'appelait encore ainsi ; que revenu de nourrice, il avait été élevé chez le sieur Létendart, par sa mère qui s'était donné le nom de Crépin ; que Louis ayant atteint quatorze à quinze ans, sa mère lui avait fait apprendre le métier de tapissier ; que pendant son apprentissage, il allait souvent voir Suzanne sa mère, qui le nommait et le reconnaissait pour son fils ; que Marie-Suzanne avait laissé ignorer qu'elle fût mariée, et qu'on ne l'avait su qu'après la mort de son mari ; que quand on eut appris qu'elle était mariée, on avait pensé qu'elle n'avait caché son mariage que pour conserver sa place chez le sieur L'étendart. — Le premier décembre 1777, sentence par défaut contre Germain Guérin, qui ordonne que l'acte baptistaire du 26 septembre 1750 sera réformé ; que Louis Guérin y sera inscrit comme fils légitime de Pierre Guérin, de Saint-Julien de Mailloc, et de Marie-Suzanne, de Saint-Paul de Courtonne-la-Ville, et qu'il sera fait mention de la sentence en marge des registres. — Louis Guérin fit signifier cette sentence à Germain, qui se rendit opposant à l'appointement de preuve du 2 juin 1777, et à tout ce qui s'en était ensuivi. — Sur cette opposition, Louis Guérin demanda une provision. Le juge, avant faire droit, lui en accorda une de 500 livres. — Germain Guérin appela de cette sentence et demanda l'évocation du principal.

Deux questions se présentaient à juger : 1° La preuve testimoniale offerte par Louis, était-elle recevable? 2° En supposant qu'il eût pu demander à prouver par témoins la maternité de Suzanne, était-ce le cas d'après les faits et les circonstances, d'invoquer la maxime, *is pater est quem nuptiæ demonstrant?*

Après les plaidoiries des avocats, M. de Grécourt, avocat général, dit — « que loin de trouver un commencement de preuve par écrit en faveur de Louis, surnommé *Bonhomme*, on ne voyait qu'une preuve de bâtardise, puisqu'il avait été baptisé comme fils de Marie Crépin ; qu'en supposant que Marie Crépin fut Marie-Suzanne, cet extrait ne prouvait que le fruit de son incontinence, puisque Louis dit Bonhomme ne demandait pas à prouver que la prétendue Marie-Suzanne eût vu, ni fréquenté son mari depuis qu'elle l'avait quitté au mois d'octobre 1742 ; que le prétexte singulier qu'on lui prêtait pour déguiser son nom et cacher son état de femme mariée, était ridicule ; qu'on prétendait que c'était relativement au sieur Létendart, qui n'aurait pas voulu pour sa servante une femme mariée, comme s'il eût été plus honnête à ce particulier de garder une servante fille, qui avait conçu et accouché chez lui ! Que c'était donc bien plutôt dans la crainte que Pierre Guérin, son mari, n'eût connaissance de son libertinage, qu'elle avait déguisé son nom ; — Que ce fils dont Marie Crépin est accouchée, serait donc un fruit adultérin, si Marie Crepin et Marie-Suzanne étaient la même personne ; que ce qui s'était passé à la mort de Pierre Guérin, prouvait également que Louis dit Bonhomme, ne fut jamais son fils, puisque s'il l'eût été, le sieur Létendart, qui portait l'indécence jusqu'à se faire le porteur de la procuration de sa servante, aurait agi pour le fils comme pour la mère ; qu'au lieu de cela, il n'avait agi que pour Marie-Suzanne, qui avait été honteusement déboutée de sa demande en douaire. — Si l'état des enfans est sacré aux yeux de la loi (a ajouté M. l'avocat général), les bonnes mœurs veillent aussi à ce qu'on n'introduise point dans les familles le premier étranger qui se présente, sur-tout avec des signes équivoques ; et lorsque, bien loin d'avoir titre et possession de Légitimité, il ne se présente qu'avec des titres et un état de bâtardise ». — Par arrêt du 12 août 1779, conforme aux conclusions de M. l'avocat général, « la cour faisant droit sur l'appel, met l'appellation et ce dont a été appelé au néant ; émendant, évoquant le principal, et y faisant droit, reçoit Germain Guérin opposant à la sentence du 2 juin 1777, et à tout ce qui s'en est ensuivi, nommément à la sentence du 1er décembre suivant ; rapportant ladite sentence et tout ce qui l'a suivi, comme surpris, déclare Louis, se disant Guérin, non-recevable dans la preuve testimoniale par lui conclue ; rapporte également comme surprise la sentence du 1er décembre ; fait défenses audit Louis de porter le nom de Guérin ; ordonne que le changement fait à son extrait baptistaire sur les registres de la paroisse de Criquebœuf sera réformé ; qu'en marge d'icelui, mention sera faite de l'arrêt, et condamne Louis à rapporter la provision qui lui a été payée ».

Source : BIU Cujas

[[On a vu plus haut, sect. 2, §. 3, n. 6, que l'art. 322 du Code Napoléon consacre formellement cette jurisprudence.]]

V. Une question qui trouve naturellement ici sa place, est de savoir si, dans le doute, on doit présumer la Légitimité, et sur qui doit en retomber la preuve, lorsqu'elle est contestée.

L'art. 9 du chap. 124 des chartes générales de Hainaut, porte que « toutes personnes seront tenues..... légitimes, s'il n'appert à suffisance qu'ils soient bâtards ». — Ces termes, considérés à part et tels qu'on les présente ici, déterminent bien évidemment la présomption en faveur de la Légitimité pour toutes sortes de cas; et c'est ainsi que Dumées, pag. 11 de sa *Jurisprudence du Hainaut français*, a interprété cette disposition. — Le texte cité ne décide cependant la question que pour un cas particulier. L'art. 8 du chap. 124 déclare le seigneur haut-justicier qui a tué un bâtard, déchu de son droit de bâtardise; et l'art. 9 ajoute, en parlant toujours de l'exercice de ce droit, que *toutes personnes seront tenues légitimes..... s'il n'appert à suffisance qu'ils soient bâtards.* Cette décision ne s'applique donc, dans l'esprit des chartes générales, qu'au cas particulier où le fils réclame la succession d'un défunt à titre de bâtardise; elle laisse donc la question entière dans la thèse générale.

Si l'on consulte les auteurs, on les trouve très partagés sur ce point. Les uns prétendent que, dans le doute, on doit présumer pour l'état de bâtard; tels sont Natta, Decius, Boic, Alciat: les autres soutiennent que la présomption de la Légitimité doit toujours l'emporter; tels sont le cardinal Paléote, Menochius, Balde, Fachinée. — Il serait assez difficile de prendre un parti certain entre ces deux opinions; elles sont toutes deux trop générales, vraies l'une et l'autre dans un sens, et fausses dans le sens opposé. Je m'explique.

La Légitimité peut être envisagée sous deux points de vue différens, c'est-à-dire, comme relative à l'ordre public, et comme relative à l'ordre des familles.

Considérée dans le premier rapport, elle exclut le fisc du droit de succéder à titre de bâtardise, elle rend capable de posséder un bénéfice, etc. Or, pour qu'elle produise ces effets, est-il toujours absolument nécessaire qu'elle soit appuyée sur des preuves claires et indubitables? Nous ne le croyons pas, et il nous semble qu'elle doit être présumée tant que le contraire n'est pas prouvé. Dans l'ordre public, on ne croit au crime que quand il est démontré: on ne doit donc pas présumer qu'un enfant, dont l'état est incertain, soit né d'une conjonction illicite; une telle présomption offenserait la décence et l'honnêteté publique, et blesserait d'ailleurs l'intérêt de la société civile; car il est infiniment plus avantageux à un Etat, d'être peuplé de citoyens légitimes que de bâtards.

Le chap. *accedens*, aux décrétales, *de purgatione canonicâ*, confirme cette opinion: le pape Innocent III, qui en est l'auteur, y établit, qu'un homme sur la naissance duquel il courait des bruits scandaleux, et qu'on ne pouvait cependant pas prouver être bâtard, ne devait, pour être admis à la prêtrise, que se purger par serment sur sa Légitimité: *Accedens ad præsentiam nostram, T. diaconus humili nobis insinuatione monstravit, quòd cùm à suis æmulis diceretur quòd est filius sacerdotis, tùm eum nec promovere voluisti, nec permisisti ab alio promoveri. Quocircà mandamus quatenùs si publicè fuerit notâ repersus et de ipsâ tibi legitimè constare non poterit, purgatione ab ipso receptâ, ipsum non differas propter hoc ad sacerdotis officium promovere.*

Ce texte, joint à l'art. 9 du chap. 124 des chartes générales de Hainaut, forme une preuve indubitable de notre première proposition, que la Légitimité, considérée relativement à l'ordre public, doit se présumer dans le doute.

Cette règle s'applique sur-tout au cas où il y a une impossibilité physique et morale de recourir aux registres de baptême, comme lorsqu'il s'agit d'un enfant qui, ayant été exposé, ne peut connaître ni le lieu ni les auteurs de sa naissance. C'est un des paradoxes du président Bouhier, d'avoir soutenu que les enfans trouvés sont soumis, dans le doute, au droit de bâtardise.

La Légitimité considérée sous le second point de vue, c'est-à-dire, dans le rapport qu'elle a avec l'ordre des familles, établit entre ceux qui en sont décorés, et leurs parens, un droit réciproque de succession. Et comme il est de principe que celui qui réclame une hérédité, doit fournir des preuves claires et palpables de la qualité qui lui en donne le droit, point de doute qu'il ne doive vérifier sa Légitimité ou celle des personnes du chef desquelles il fait remonter sa parenté au défunt.

Cette maxime admet cependant une exception en faveur de celui qui est dans une possession publique, constante et paisible de l'état de légitime: car il est universellement reconnu que la preuve ne doit pas retomber sur le possesseur; et cette règle n'a pas moins lieu dans les questions d'état que dans les autres matières. La loi 15, C. *de probationibus*, porte que, pour décider qui doit être chargé de prouver la liberté ou la servitude d'un homme, il faut examiner si le prétendu maître est en possession de l'esclave qu'il réclame, ou si au contraire le prétendu esclave est en possession de la liberté: *Inquisito priùs an in possessione libertatis sine dolo malo constitutus sit, tunc etiam onus probationis quis debeat subire, per hujusmodi eventum declarabitur.* — La loi 14, D. *de probationibus*, n'est pas moins précise: lorsqu'il est question, dit-elle, de savoir si un homme est ingénu ou affranchi, il importe de fixer les qualités de demandeur et de défendeur: *circà cùm qui se ex libertinitate ingenuum dicet, referendum est quis actoris partibus fungatur.* Si la possesion est

Source : BIU Cujas

pour l'état d'affranchi, c'est à celui qui veut sortir de cet état, à prouver son ingénuité : *et si quidem in possessione libertatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere, docereque se ingenuum esse.* Mais si la possession est pour l'ingénuité, la preuve doit être imposée à celui qui conteste cette qualité : *Sin verò in possessione ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur, scilicet ejus qui ei controversiam movet, hoc probare debet qui eum dicit libertum suum : quid enim interest servum suum quis an libertum contendat?* — La loi 15 du même titre fortifie la décision de ces deux textes. Elle déclare que les actes par lesquels les frères d'un défunt ont reconnu pour son héritier *ab intestat*, un étranger qui en était réputé le fils légitime, ne forment pas, à la vérité, une fin de non recevoir capable de donner à cette personne un état qui ne lui appartient point, mais que c'est aux frères à prouver qu'elle a vraiment usurpé cet état : *Modestinus respondit cautione absoluti fideicommissi statum ejus qui probari potest à fratribus defuncti filius mortui non esse, minimè confirmatum esse. Sed hoc ipsum à fratribus probari debet.*

On peut ajouter à ces autorités l'art. 3 du titre *des probations* de la coutume de Béarn ; et telle est la doctrine établie par M. de Corberon, procureur général du parlement de Metz, dans son plaidoyer du 12 mars 1693 : « Suivant la disposition du droit commun (dit ce magistrat), c'est à celui qui avance un fait, à le prouver. Cette maxime a lieu également, soit que le fait soit avancé par action directe ou par forme d'exception..... Mais la question particulière de savoir si c'est à celui qui soutient l'honneur de sa naissance, à l'établir, ou si celui qui l'attaque, est obligé de la détruire, est précisément décidée par l'empereur Dioclétien, dans une des lois que nous venons de rapporter. Or, le mineur dont la naissance est ici contestée, est en possession de son état ; il a été élevé dans la maison de son père jusqu'à sa mort ; son oncle, qui est son tuteur, le reconnaît aujourd'hui pour légitime ; l'appelante l'a même reconnu pour tel, et est obligée de se pourvoir contre les actes qui contiennent sa reconnaissance. On ne peut pas dire que cette possession soit de mauvaise foi, puisqu'elle est fondée sur un mariage suivi d'une cohabitation continuelle des père et mère jusqu'à la mort de la mère. C'est donc à l'appelante à prouver la bâtardise de l'enfant dont elle attaque l'état, et dont la Légitimité doit subsister jusqu'à ce qu'elle justifie qu'il en doit être déchu ».

Il paraît assez difficile de concilier avec ces principes l'arrêt du 12 juillet 1715, tel qu'il est rapporté ci-devant, sect. 1, §. 2, n. 3, d'après l'auteur de la *Collection de Jurisprudence*. Comment Jean Girard, qui était, suivant Denizart, depuis vingt-sept ans en possession de sa Légitimité, a-t-il pu être déclaré bâtard, *parcequ'il ne rapportait point d'acte de célébration, ni d'extrait mortuaire de Jacques Houdoyer*, premier mari de sa mère ? Sa qualité de possesseur paisible ne devait-elle pas le dispenser de prouver que les auteurs de ses jours avaient été mariés légalement, et rejeter sur la partie adverse la charge de la preuve contraire ? Le respect dû à cet arrêt, ne permet pas de penser que Denizart l'ait rapporté fidèlement. Si la prétendue possession de Jean Girard avait réuni les caractères de publicité, de bonne foi et de durée, dont le concours est essentiel dans toutes sortes de matières pour produire les effets dont on vient de parler, n'en doutons point, l'état de Jean Girard aurait été confirmé.

SECTION IV. *De l'action en déclaration de Légitimité ou de bâtardise.*

Quelles sont les personnes qui ont qualité pour défendre ou contester la Légitimité d'un enfant ? Dans quel temps ces sortes de contestations doivent-elles être intentées et jugées ? Quels sont les tribunaux à qui en appartient la connaissance ? Dans quel ordre et dans quelle forme ces sortes de questions doivent-elles être instruites et jugées ? Telles sont les quatre difficultés qui nous restent à résoudre.

§. I. *Quelles sont les personnes qui ont qualité pour défendre ou contester la Légitimité d'un enfant ?*

I. Sur cette première difficulté, nous nous tairons, pour laisser parler un magistrat célèbre, M. de Corberon, procureur général du parlement de Metz. Voici comment il s'exprime dans le plaidoyer déjà cité (il s'agissait de savoir si une seconde femme était recevable à attaquer l'état d'un enfant d'un premier lit, pour conserver son douaire entier) :

« Il semble d'abord qu'il n'y ait que celui qui peut disputer aux enfans la possession des biens laissés par le défunt, qui puisse attaquer leur état, et refuser de les reconnaître pour Légitimes. — Cependant la règle la plus sûre, pour connaître si celui qui conteste l'état d'un enfant, y doit être admis, est de savoir s'il y est intéressé en quelque manière que ce soit. En effet, la question d'état n'a rien de particulier qui la distingue à cet égard des autres contestations, et qui empêche les parties intéressées de la former. — Ainsi, dans une maison illustre, entre parens qui portent le même nom, le plus éloigné peut agir en justice contre le fils de son parent, et lui disputer le droit de porter le nom et les armes de la maison, en soutenant qu'il est illégitime, quoiqu'il n'ait pas le droit de lui disputer la succession. — C'est ainsi que sur une simple déclaration de dépens, il s'élève souvent entre étrangers, des contestations pour la qualité, qui dégénèrent en questions d'état, et dans lesquelles celui qui est appelant de la taxe, soutient que le séjour de la partie ne doit pas lui être taxé comme à un gentilhomme, quoique son père

Source : BIU Cujas

fût noble, parcequ'il est illégitime : on l'admet, en cette rencontre, à justifier que cette partie n'est pas légitime. Il faut donc voir si l'appelante a intérêt de contester l'état du mineur que défendent les intimés. — Il est certain que l'enfant qu'elle a eu du sieur de Fillon, étant décédé, elle n'a point de droit à sa succession, et que la propriété des biens qu'il a laissés, ne la regarde pas; mais elle a un usufruit à prétendre sur tous ces biens à titre de douaire, en vertu de son contrat de mariage : ainsi, lorsque le tuteur et le curateur de ce mineur demandent en justice la réduction de cet usufruit, en vertu de l'édit des secondes nôces, elle a un intérêt sensible, pour s'en défendre, de faire voir que cette réduction ne peut avoir lieu, parceque ceux qui la demandent, sont enfans illégitimes, et ne peuvent rien prétendre à la succession de leur père. — L'appelante, qui n'a point d'action pour contester l'état des enfans du premier lit de son mari, peut donc le faire par forme d'exception. La défense dont elle se sert, est de droit naturel. Il serait injuste que les enfans de son mari pussent agir contre elle, pour la faire priver d'une partie de ses conventions, et qu'il ne lui fût pas permis de repousser leur action, en faisant voir qu'ils n'ont pas droit de former contre elle cette demande. — Il n'est pas nouveau de voir proposer en justice la question d'état par forme d'exception. Les Romains, qui étaient si scrupuleux observateurs de leurs formalités, en usaient ainsi : ils recevaient l'exception aussi bien que l'action qu'ils appelaient *préjudicielle;* une des principales était celle par laquelle on agitait la question d'état, et ils la mettaient au rang des exceptions péremptoires, *quæ actionem perimunt et extinguunt* ».

C'est par le même principe que se décide la question de savoir si un étranger peut être admis à soutenir la Légitimité d'un enfant. Voici de quelle manière M. d'Aguesseau la discute, par rapport à un créancier de Jacquette de Senlis, qui prétendait recueillir la portion à laquelle sa débitrice aurait eu droit dans la succession de son père, si elle eût été légitime : — « Admettra-t-on les argumens d'un étranger, peu instruit de l'état d'une famille, incapable de donner des marques certaines de la vérité des faits qu'il avance contre le suffrage des parens, contre la voix de la famille, contre cette espèce de jugement domestique qu'elle a prononcé? Cependant, quand on considère que le titre de la dette est juste, légitime, favorable; que l'appelant est un créancier de bonne foi, qui pendant que Jacquette de Senlis était abandonnée par ses parens, ou prétendus, ou véritables, l'a secourue dans ses longues infirmités; qu'il demande aujourd'hui son paiement sur les biens qui pouvaient appartenir à sa débitrice; que ces biens se réduisant à une prétention peut-être mal fondée, mais toujours spécieuse, il a voulu exercer ses droits, et reprendre la demande à fin de partage qu'elle avait intentée; que ce n'est pas lui qui fait naître aujourd'hui la question d'état; qu'il se trouve au contraire obligé malgré lui à la soutenir, parceque les parens désavouant tout de nouveau Jacquette de Senlis, lui ont opposé qu'elle n'était point de leur famille : quand on examine toutes ces circonstances, on ne saurait trouver aucune irrégularité dans la conduite de l'appelant. S'il est moins favorable dans une question d'état que sa débitrice, il n'en est pas moins partie légitime ».

II. Au reste, soit pour contester, soit pour défendre l'état d'un enfant, il faut avoir un intérêt présent et actuel; celui qui n'a qu'un intérêt douteux et incertain, n'est point recevable. C'est ce qu'a jugé un arrêt rapporté en ces termes dans la *Collection de Jurisprudence* : — « Le sieur Dejean, vivant en mauvais commerce avec une demoiselle dont il avait eu un enfant mâle en 1714, épousa publiquement cette même demoiselle en 1718, le 29 mai, après avoir observé les formalités prescrites. Neuf jours après ce mariage, la dame Dejean accoucha; l'enfant fut baptisé publiquement comme légitime, et la mère, qui mourut dix-sept jours après, fut enterrée comme femme du sieur Dejean. Le sieur Dejean, en passant à de secondes nôces, ne parla point des premières : cependant elles n'étaient pas inconnues à sa nouvelle épouse, puisque les deux enfans du premier lit étaient élevés comme légitimes. S'étant agi de les faire émanciper, la dame Dejean se fit autoriser par justice, et imagina de demander que le premier mariage de son mari fût déclaré contracté *in extremis*, et qu'en conséquence les enfans qui en étaient nés, fussent déclarés incapables d'aucun effet civil. Les enfans soutinrent la dame Dejean non-recevable; et sentence intervint au châtelet, qui leur ordonna de défendre au fond. Mais sur l'appel, arrêt est intervenu en la grand'chambre, le 7 mars 1735, sur les conclusions de M. l'avocat général Gilbert, plaidant Messieurs Aubry et Le Normant, par lequel la dame Dejean fût, *quant à présent*, déclarée non recevable. On fut scandalisé de voir une femme allumer une guerre domestique, en élevant une contestation qui pouvait n'avoir point d'objet réel. Il est arrivé en effet qu'il n'est point resté d'enfant à la dame Dejean ».

§. II. *Dans quel temps doivent être intentées et jugées les actions en déclaration de Légitimité ou de bâtardise?*

I. C'est une maxime constante, que ces sortes de contestations sont *préjudicielles*, c'est-à-dire, qu'elles doivent être discutées et jugées avant qu'on puisse s'occuper des différends qui en dépendent, et sur lesquels par conséquent elles ont une influence nécessaire. — M. le chancelier de Pontchartrain en donne un exemple dans sa lettre du 11 juillet 1701, à M. Riquet, président au parlement de Toulouse. « Si (dit-il), dans un procès pendant aux enquêtes où les enfans d'un défunt sont par-

Source : BIU Cujas

ties, on s'avisait de leur contester leur état, et d'interjeter appel comme d'abus de la célébration du mariage de leur père....., il faudrait en ce cas suspendre le jugement du procès pendant aux enquêtes, porter l'appel comme d'abus à la grand'-chambre, et le faire juger préalablement ».

Cette décision est fondée sur les textes les plus précis. La loi 5, §. 8, D. *de agnoscendis et alendis liberis*, porte notamment que si un père assigné en justice pour donner des alimens à son fils, refuse de le reconnaître, le juge doit commencer par l'examen de la question d'état, et ne passer à celle des alimens qu'après avoir décidé la première en faveur du fils : *Si vel parens neget filium idcircòque alere se non debere contendat, vel filius neget patrem : summatim judices oportet super eâ re cognoscere : si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali jubebunt.*

II. Le soin que prennent les lois de l'honneur et de la dignité des familles, la protection qu'elles accordent aux impubères, et leur attention à mesurer sur leur faiblesse la défense dont elles les couvrent, ont introduit une jurisprudence assez singulière par rapport aux questions d'état. Quoique le tuteur soit chargé, pour ainsi dire, de toute la prévoyance de la loi, quoique son pouvoir soit comparé à celui d'un père et d'un maître, le préteur Carbon a cru qu'il serait dangereux de faire dépendre l'état d'un impubère, de la fidélité et de l'expérience de son tuteur; et il a décidé, par un édit inséré dans le Digeste, titre *de Carboniano edicto*, que ce jugement important devait être réservé à un âge plus mûr, où l'enfant, capable de se défendre lui-même, ne pourrait imputer le mauvais succès de sa cause qu'à sa propre négligence ou au malheur de son origine.

Les empereurs romains ont modifié cette disposition. Un rescrit d'Adrien, rapporté dans la loi 3, §. 5 du titre cité, veut que l'état des impubères soit réglé tout de suite, quand ils ont des tuteurs capables de les bien défendre, et que leur intérêt l'exige ainsi.

Cette exception forme aujourd'hui la règle générale; car l'édit Carbonien n'a point été adopté par nos usages. — « Rien n'est plus commun (dit M. d'Aguesseau), que de voir agiter dans nos tribunaux des questions d'état pour un mineur, et même pour un impubère; et il serait au contraire difficile de trouver des exemples d'une jurisprudence conforme aux lois romaines..... Si la qualité de fils légitime est établie par des preuves suffisantes, peut-on laisser en suspens un état qui doit être assuré? Et si au contraire elle est détruite, l'équité ne souffre pas que le repos d'une famille entière soit exposé à tous les changemens de la volonté d'un mineur, qui n'ayant rien à craindre pour lui, pourra troubler impunément la tranquillité des autres enfans ».

Basnage, sur l'art. 377 de la coutume de Normandie, rapporte un arrêt du parlement de Rouen, qui confirme très clairement cette doctrine : — « En ce parlement (dit-il), il fut jugé, lorsque M. de La Meilleraye, lieutenant général pour le roi en Normandie, y vint prendre séance, qu'une femme qui avait vécu impudiquement, et qui était accouchée dix mois quatre jours après l'enterrement de son mari, qui avait été malade trois semaines, était privable de son douaire : dans l'espèce de cet arrêt, la femme était, non seulement coupable d'impudicité, mais aussi d'avoir supposé un enfant qui ne pouvait être des œuvres de son défunt mari. Aussi il fut déclaré bâtard, quoique cette veuve soutînt contre sa partie, qu'il avait été tuteur de cet enfant pendant treize années, et qu'il eût été reconnu légitime et posthume, *et qu'on devait remettre à disputer de son état après sa majorité, suivant l'édit Carbonien* ».

[[*V.* l'art. 318 du Code Napoléon, rapporté ci-après, n. 5.]]

Tout ce que notre jurisprudence a de particulier sur cette matière, par rapport aux mineurs, c'est que, pour défendre valablement à une contestation formée sur leur état, il ne suffit pas qu'ils soient assistés d'un curateur aux causes, et qu'il leur faut un tuteur, bien qu'ils soient émancipés. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé, en entérinant, par arrêt du 21 février 1692, la requête civile obtenue par Gédéon de Relincourt, contre un arrêt du 12 mai 1689, qui l'avait déclaré illégitime. « Il y a lieu de croire (disait M. l'avocat général de Lamoignon, en portant la parole dans cette affaire) que le mineur n'a pas été bien défendu, puisque dans cette cause, il n'y a eu qu'un curateur, lequel ne se donne qu'aux choses, et non à la personne : s'agissant de son état, c'est-à-dire, de la plus importante question qu'il puisse avoir, et qui intéresse le plus sa personne, on a dû lui donner un tuteur *ad hoc*, parceque, dans la plus considérable contestation qui puisse être formée contre lui, il lui faut la plus exacte défense ».

[[Aujourd'hui, un mineur émancipé n'aurait pas besoin, pour faire prononcer sur son état, d'être représenté par un tuteur proprement dit; mais il lui faudrait un curateur nommé par un conseil de famille. *V. Curateur*, §. 1, n. 4.]]

III. Peut-on agiter une question d'état après la mort de celui qu'elle concerne?

L'affirmative est incontestable dans la thèse générale. La loi 2, C. *de assertione tollendâ*, décide que, si une personne vendue comme esclave, réclame sa liberté, et meurt avant le jugement du procès, l'action en garantie demeurera ouverte contre le vendeur; et qu'en conséquence, celui-ci devra prouver que le défunt était vraiment esclave, sinon restituer le prix de la vente, et dédommager entièrement l'acheteur.

La loi 13, C. *de liberali causâ*, porte qu'à la vérité, l'état d'une personne décédée ne peut pas faire la matière d'une action principale, mais qu'il peut être l'objet d'une contestation inci-

Source : BIU Cujas

dente, soit pour régler à qui doivent appartenir ses biens, soit pour décider quel doit être l'état de ses enfans.

La loi 3, C. *ne de statu defunctorum post quinquennum quæratur*, n'est pas moins précise; c'est un rescrit de l'empereur Alexandre à la nommée Olimpiade; voici comment il est conçu: « Quoique votre mari soit décédé pendant l'instruction du procès qu'il soutenait sur son état, la cause n'est pas éteinte pour cela; l'intérêt de la succession exige qu'elle lui survive; et elle doit être décidée par le juge qui connaîtra de son hérédité ou des effets particuliers qu'il a laissés ».

Notre jurisprudence est conforme à ces décisions. Dans la foule des arrêts qu'on pourrait en citer, on remarque principalement celui de Jacquette de Senlis. Cette fille avait plaidé long-temps sur son état de prétendue fille légitime de Jacques de Senlis et d'Anne Baudet; une sentence du châtelet, du 13 août 1688, l'avait déboutée de toutes ses demandes, et lui avait fait défenses de prendre le nom de Senlis. Elle avait interjeté appel de cette sentence, et elle était morte pendant l'instruction. Pierre Spavuart, son créancier, reprit l'instance; et par arrêt rendu contradictoirement avec lui, le 17 mai 1691, la cour mit l'appellation au néant, conformément aux conclusions de M. d'Aguesseau.

Il y a cependant un cas où la mort de celui dont l'état est attaqué, met fin au procès et confirme irrévocablement la qualité qu'on lui disputait: c'est lorsqu'il a obtenu une sentence en sa faveur, et qu'il est décédé avant le jugement de l'appel qui en a été interjeté par son adversaire. C'est la disposition expresse de la loi 1, C. *ne de statu defunctorum post quinquennium quæratur:* « Suivant un sénatus-consulte rendu sur la proposition de l'empereur Marc-Aurele (y est-il dit), on peut appeler d'une sentence qui déclare quelqu'un ingénu, pourvu que ce soit pendant sa vie, et non après sa mort. Ce sénatus-consulte veut même que l'appel qui aurait pu être interjeté de son vivant, soit absolument éteint par sa mort, survenue avant le jugement définitif: *Oratione divi Marci cavetur ut si quis ingenuus pronontiatus fuerit, liceat ingenuitatis sententiam retractare, sed vivo eo qui ingenuus pronuntiatus est, non etiam post mortem. In tantùm ut etiam si cœpta quæstio fuit retractationis, morte ejus extinguatur, ut eâdem oratione cavetur* ».

Cette loi était trop favorable à la Légitimité, pour que nos tribunaux négligeassent d'en adopter la décision; aussi a-t-elle fait la règle de plusieurs arrêts célèbres.

Le 23 août 1650, Marie-Henriette de Montebenne fit profession religieuse dans l'abbaye aux Bois; le 4 mai 1655, elle obtint un rescrit du saint-siège, pour faire déclarer ses vœux nuls; et le 3 avril 1666, il intervint une sentence de l'official de Noyon, qui les déclara tels. Le même jour, elle épousa le sieur de La Chaussée, et elle eut une fille de ce mariage: mais sa mère ne la laissa pas long-temps tranquille; elle se pourvut par appel devant l'official métropolitain de Reims, qui confirma la sentence de celui de Noyon. Irritée par cette seconde défaite, elle appela au saint-siège, et obtint un rescrit qui commettait l'official d'Amiens. On procéda devant lui, et pendant l'instruction, Marie-Henriette de Montebenne décéda. En conséquence, arrêt du 23 août 1679, qui ordonna que les parties procéderaient à la cour sur l'état de la défunte et celui de la fille qu'elle avait laissée. La cause portée à l'audience, M. l'avocat général Talon s'attacha à faire voir que si l'état de Marie-Henriette de Montebenne était assuré, celui de sa fille ne pouvait pas recevoir d'atteinte; que la première était décédée après avoir obtenu deux sentences qui la déclaraient libre et capable de se marier; qu'ainsi, l'appel de ces jugemens était anéanti et le procès jugé sans retour. Il appuya cette conséquence sur la loi que nous venons de rapporter, et il ajouta: « Quand nous proposons à la cour de s'en tenir à ce qui a été jugé dans les officialités, nous ne proposons pas une maxime nouvelle. Vous l'avez déjà suivie dans l'arrêt d'Aubriot, du 11 juillet 1658, dans lequel on s'est conformé à la dernière sentence de l'officialité, rendue en sa faveur, quoiqu'il y eût eu une sentence précédente qui l'avait renvoyée dans son monastère. Il y a un autre arrêt du 18 août 1634, rendu par la cinquième des enquêtes, au procès du sieur Viole d'Egrement, par lequel on a jugé suivant la dernière sentence de l'officialité, dans une question de mariage, quoiqu'il y eût deux sentences de chaque côté ». — Sur ces raisons, arrêt du 3 septembre 1681, qui déclare l'aïeule de la demoiselle de La Chaussée non recevable, et maintient celle-ci dans la propriété de tous les biens meubles et immeubles de ses aïeul et oncle maternels, *comme représentant Marie-Henriette de Montebenne, sa mère.*

Dans une cause jugée au parlement d'Aix, le 11 avril 1680, concernant l'état d'un religieux décédé après une sentence qui l'avait restitué au siècle, M. l'avocat général de Gauthier, a dit « qu'il était inutile d'examiner le fond, y ayant une fin de non recevoir incontestable tirée de la loi 13, §. 1, D. *de his qui testamenta facere possunt*, de la loi 6, D. *de injusto, rupto et irrito testamento, etc.* Ces lois parlent d'un homme qui ayant été condamné pour crime, a fait un testament pendant l'appellation, et elles décident que son testament est valable, s'il décède avant la confirmation de la sentence. Ainsi le testament de messire de Pelicot est à plus forte raison valable, puisque son état était certain, ayant été sécularisé par la sentence de l'official..... Et quand une personne est morte dans un état certain, il n'est plus permis de quereller son état, de troubler son repos, etc., ».

On pourrait opposer à ces décisions la loi 5, C. *si prendente appellatione.* Mais pour bien appré-

Source : BIU Cujas

cier ce texte, il faut le rapporter dans sa langue naturelle : *Quamvis ancilla de cujus dominio disceptabatur, et à rectore provinciæ* CONTRA TE JUS DICTATUM FUERAT, *in fatum concesserit ; tamen cùm appellationem super eâ re interpositam fuisse, et in numero cognitionum pendere proponas, ea provocatio suo ordine, propter peculium ancillæ, audiri debet.*

Voici la réponse que M. Talon fait à cette difficulté : « Le titre *si pendente appellatione*, est dans le cas d'une personne qui a une sentence contre elle et contre son état, et qui a appelé de ce jugement. Qu'on examine bien toutes les lois de ce titre, on verra qu'elles sont toutes dans le cas d'un homme qui a été condamné ou comme serf, ou comme une personne de condition servile ou d'affranchi ».

Ne semble-t-il pas cependant que, dans l'espèce de la loi que nous venons de transcrire, ce n'était point le maître qui avait gagné sa cause en première instance, mais l'esclave? N'est-ce pas le sens naturel et même nécessaire de ces paroles, *à rectore provinciæ, contra te jus dictatum fuerat?* --Quelques éditions portent *judicatum* au lieu de *jus dictatum;* et cela rend la chose encore plus claire.

Néanmoins il n'existe aucune contrariété réelle entre ce texte et la loi 1, D. *ne de statu defunctorum.* Les mots *quamvis ancilla de cujus dominio disceptabatur*, insinuent assez clairement que la contestation jugée au désavantage de la personne à qui le rescrit est adressé, ne roulait point sur l'état de l'esclavage, mais sur la propriété qu'en réclamaient deux étrangers : l'esclave étant mort pendant l'appel, on demandait si la cause était éteinte, et l'empereur a répondu que non, parceque les deux contendans avaient, à se disputer le pécule du défunt, le même intérêt qu'ils avaient eu pendant sa vie à se contester la propriété de sa personne. Il n'y a là, comme on le voit, rien de contraire à la disposition de la loi 1, D. *ne de statu defunctorum.*

[[Le Code Napoléon maintient les héritiers de l'enfant, dans le droit que leur accordaient les lois romaines, de le faire juger légitime après sa mort (*V.* ci-après, n. 4); mais il abroge par son silence celles de ces lois qui rendaient inattaquable après la mort de l'enfant, la sentence par laquelle il s'était fait déclarer légitime. *V.* la loi du 30 ventose an 12, art. 7.]]

IV. Quoiqu'on puisse, [[suivant le droit romain]], ainsi qu'on vient de le voir, attaquer incidemment la Légitimité d'un défunt, lorsque sa mort n'a point été précédée d'une sentence favorable à son état, il y a cependant un terme après lequel cette faculté cesse. Un édit de l'empereur Nerva a mis en principe, qu'il n'est plus permis, après cinq ans depuis la mort d'une personne, d'élever des contestations sur l'état dont elle jouissait publiquement et paisiblement au moment de son décès : *Primus omnium divus Nerva edicto vetuit post quinquennium mortis cujusque de statu quæri.* (Loi 4, D. *ne de statu defunctorum.*)

Cette défense ne concerne pas seulement les contestations principales, que la mort éteint toujours nécessairement; elle tombe encore sur les contestations incidentes. Ainsi, le laps de cinq ans forme une fin de non recevoir même contre une prétention pécuniaire, dont la décision dépend de l'état dont jouissait le défunt : *Sed et divus Claudius Claudiano rescripsit, si per quæstionem nummariam præjudicium statui videbitur fieri, cessare quæstionem.* (Loi 4, §. 1, D. *eod. tit.*)

On ne peut pas, par la même raison, attaquer l'état d'une personne vivante, ni même celui d'une personne morte depuis un temps au-dessus de cinq ans, si cette contestation doit retomber indirectement et par conséquent sur l'état d'un défunt dont la mémoire a acquis la prescription quinquennale. *Sed nec ejus status retractandus est qui intra quinquennium decessit, si per hujus quæstionem præjudicium futurum est ante quinquennium mortuo. Imò nec de vivi statu quærendum est, si quæstio hujus præjudicium facit ei qui ante quinquennium decessit : et ita divus Adrianus constituit.* (Loi 1, §. 1 et 2, D. *eod. tit.*) — *Non esse libertatis quæstionem filiis inferendam, propter matris vel patris memoriam, post quinquennium à morte non retractatam convenit.* (Loi 2, D. *eod. tit.*)

Cette prescription court contre le fisc, et même contre les impubères destitués de tuteurs, sans aucune espérance de restitution en entier. *De statu defunctorum post quinquennium quærere non licet, neque privatim, neque fisci nomine.* (Loi 1, D. *eod. tit.*) — *Nec in eâ re quæ publicam tutelam meruit, pupillis agentibus restitutionis auxilium tribuendum est, quod quinque annorum tempus, cùm tutores non haberent, excesserit.* (Loi 2, §. 11, D. *eod. tit.*)

Mais elle ne peut avoir lieu, comme nous l'avons déjà dit, qu'en faveur de celui qui est mort dans une possession publique et paisible de l'état qu'on voudrait impugner; et voilà pourquoi on peut encore, après les cinq ans du décès, mettre en question le fait de cette possession publique et paisible. *Si is qui te heredem fecit, propter matris conditionem servus dicitur, et mater ante quinque annos litis motæ vitâ decessit, præscriptioni locus erit : cùm quæri de statu non possit, nisi de conditione matris tractetur. Hoc ita, si quamdiù vixit, sine interpellatione ut civis Romana egit.* (Loi 2, C. *eod. tit.*) — *Si mater tua quasi ingenua communi opinione vixit et quinquennium à die mortis ejus excessit, potes rempublicam et pupillos, si tibi statûs quæstionem movere tentaverint, notâ præscriptione repellere. An autem pro ingenuâ in die mortis egerit, in judicio requiretur. Quòd si varietas interveniat, posteriora tempora spectari convenit.* (Loi 6, C. *eod. tit.*) — *Nec enim senatus-consultum quod super non retractandis defunctorum statibus sancitum est, intervenit, si defunctus in fugam conversus atque latitans decessit.* (Loi 8, C. *eod. tit.*)

Source : BIU Cujas

Il faut cependant observer qu'un procès suscité au défunt pendant sa vie, et qui aurait été périmé avant sa mort, n'apporterait aucun obstacle à la prescription dont il s'agit. *Præscriptio quinque annorum quæ statum defunctorum tuetur, specie litis ante mortem illatæ non fit irrita, si veterem causam, desistente qui movit, longo silentio finitam probetur.* (Loi 2, §. 2, D. *eod. tit.*)

Il en serait de même d'une contestation qui aurait été portée devant un juge incompétent à raison de la matière. *Si pater tuus velut ingenuus vixit, nec status controversiam, quasi fisci servus esset, apud præsidem provinciæ qui super hujusmodi quæstionibus judicare solet, sed apud procuratorem reipublicæ non competentem judicem passus est, postque ejus mortem quinquennium effluxerit, status tuus ex præscriptione quæ ex senatus-consulto emanat, protectus est.* (Loi 7, C. *eod. tit.*)

Cette prescription est reçue dans nos mœurs. On peut en voir les preuves dans Henrys, tom. 2, liv. 4, quest. 28; dans Dunod, *Traité des prescriptions*, part. 2, chap. 8; et dans le *Code criminel* de Serpillon, pag. 966.

Mais parmi nous, comme chez les Romains, elle n'a lieu qu'en faveur du défunt, et jamais à son préjudice. Ainsi, lorsqu'une personne est morte dans l'état de bâtardise, rien n'empêche de faire juger après les cinq ans, qu'elle était légitime. *Si quidem in deteriorem conditionem quis statum retractaret, secundùm ea quæ dixi, præscribendum est. Quid ergo si in meliorem? veluti pro servo libertus dicatur; quare non admittatur? Quid enim si servus quis dicatur, quasi ex ancillâ natus, quæ ante quinquennium mortua est? Quare non liceat probare liberam fuisse? Hoc enim et pro mortuâ est, et Marcellus libro quinto de officio consulis scripsit, posse. Ego quoque in auditorio publico idem secutus sum.* (Loi 1, §. 4, D. *eod. tit.*) — *Ante quinquennium defuncti status honestior qui mortis tempore fuisse existimabitur, vindicari non prohibetur. Idcircò etsi quis in servitute moriatur, post quinquennium liber decessisse probari potest.* (Loi 3, D. *eod. tit.*)

[[Le Code Napoléon n'a pas adopté, en faveur de la mémoire de l'enfant, la prescription quinquennale dont il s'agit, et par conséquent il l'a implicitement abrogée: cela résulte de la loi du 30 ventose an 12, art. 7.

Il s'est même montré, relativement aux héritiers de l'enfant, beaucoup plus sévère que le droit romain: il a établi contre ceux-ci deux genres de prescription que le droit romain n'admettait pas. Voici ses termes:

« *Art.* 328. L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant.

» 329. L'action ne peut être intentée par les héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé, qu'autant qu'il est décédé mineur, ou dans les cinq années de sa majorité.

» 330. Les héritiers peuvent suivre cette action lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en fût désisté formellement, ou qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de la procédure ».

Ainsi, l'action en réclamation d'état est prescrite contre les héritiers de l'enfant, 1° lorsque l'enfant est mort à l'âge de 27 ans ou au-dessus, sans l'avoir intentée lui-même; 2° lorsqu'après l'avoir intentée lui-même, il l'a laissée sans poursuite pendant trois ans.

Mais, remarquons-le bien, tant que l'enfant vit, le défaut de poursuites pendant trois ans n'élève contre lui aucune fin de non recevoir. C'est ce que prouve le rapprochement de l'art. 330, tel qu'il est conçu, avec les deux articles qui le remplaçaient dans la première rédaction qu'avait adoptée le conseil d'état.

Ces articles portaient, l'un, que « les héritiers peuvent suivre cette action, lorsqu'elle a été commencée et non abandonnée par l'enfant »; l'autre, que « l'abandon résulte, ou de désistement formel, ou de la cessation des poursuites pendant trois ans, à compter du dernier acte de la procédure ».

Communiqués au tribunat, ces deux articles ont donné lieu, de sa part, à l'observation suivante:

« On craint qu'en laissant subsister ces deux articles tels qu'ils sont rédigés, on n'en tire la conséquence que la cessation de poursuites pendant trois ans de la part de l'enfant, peut être opposée à l'enfant lui-même comme un abandon.

» On a pensé qu'il fallait distinguer entre l'enfant et les héritiers. Ceux-ci ne sont point aussi favorables que celui-là. Quand ce sont les héritiers qui veulent suivre l'action commencée par l'enfant, si, lors du décès de l'enfant, il y avait trois ans qu'il avait discontinué ces poursuites, cette cessation triennale doit être considérée, à l'égard des héritiers, comme un véritable désistement de la part de l'enfant. On ignore en effet si, dans le cas où l'enfant eût vécu, il aurait, après ce laps de temps, repris l'exercice de son action. L'absence de données certaines sur son intention positive, fait interpréter contre les héritiers le doute existant; et la société trouve en cela le précieux avantage d'extirper un germe de procès. Mais, lorsque c'est l'enfant qui agit lui-même, le silence qu'il a gardé depuis ses dernières poursuites, ne peut opérer contre lui l'effet d'un désistement, quelque long que ce silence ait été; le droit qu'il exerce est tellement sacré, que la loi le déclare imprescriptible. Toutefois cette imprescriptibilité n'est établie qu'en sa faveur, et le privilège est purement personnel.

» D'après la distinction qui vient d'être rappelée, et qui est fondée sur les principes de la matière, on propose de ne faire qu'une seule disposition de ces deux articles, et de la rédiger ainsi qu'il suit: *Les héritiers peuvent suivre cette action,*

Source : BIU Cujas

lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en fût désisté formellement, ou qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de la procédure ».

Cette proposition a été adoptée par le conseil d'état; et la rédaction qui en était l'objet, forme aujourd'hui, comme on vient de le voir, l'art. 330 du Code Napoléon.

V. Le Code Napoléon établit, en faveur de la Légitimité de l'enfant, diverses prescriptions qui avaient échappé aux législateurs romains :

« *Art.* 316. Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer (1), il devra le faire, dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant; dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent; dans les deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant.

» 317. Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la Légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession.

» 318. Tout acte extrajudiciaire contenant le désaveu de la part du mari ou de ses héritiers, sera comme non avenu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice, dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, et en présence de sa mère ».

Voici de quelle manière le tribunat, par l'organe de M. Duverryer, a développé ces dispositions à la séance du corps législatif du 2 germinal an 11 :

« Après avoir réglé avec une sage sévérité, les cas où la présomption légale de paternité pourra être combatue par l'évidence ou par la présomption contraire, après avoir soumis ces exceptions dangereuses, mais indispensables, à des conditions qui puissent, dans tous les cas, en manifester la justice, il faut encore en resserrer l'usage dans les bornes les plus étroites et les plus courts délais. — Le motif de cette dernière précaution est évident. — La loi ne donne à ces exceptions aucun effet par elles-mêmes. Pour qu'elles agissent, il faut qu'elles soient mises en mouvement par le désaveu de l'enfant, que le mari seul, s'il existe au moment de la naissance, a le droit de former. — Le sentiment qui porte un mari à désavouer l'enfant dont sa femme est devenue mère, est vif, impétueux, violent même, comme le transport qu'excite la conviction d'un outrage. Ce n'est point un sentiment que le temps affermisse et que la réflexion fortifie : la réflexion le modère, et le temps l'efface. Un père qui a souffert près de lui dans sa maison, sans peine et sans répugnance, ou qui a connu sans indignation, l'existence d'un enfant que la loi et la société appellent son fils, est raisonnablement supposé n'avoir pas reçu d'offense, ou l'avoir pardonnée: et dans tous les cas, la loi comme la raison préfère le pardon à la vengeance. — Ainsi, le mari, s'il est présent à la naissance de l'enfant, n'aura qu'un mois pour réclamer. — S'il est absent, il n'aura que deux mois après son retour. — Si on lui a caché la naissance de l'enfant, il n'aura de même que deux mois à compter du moment où cette naissance lui sera connue. — Le droit du mari doit nécessairement passer à ses héritiers par l'effet infaillible d'une autre loi tout aussi importante pour la société, celle de la transmission héréditaire. Mais ce droit ne passe aux héritiers que dans le temps où il peut encore exister, c'est-à-dire, lorsque le mari est mort avant la naissance de l'enfant, ou dans le terme non encore expiré des délais qui lui sont donnés pour réclamer. — Et dans ce cas, les héritiers doivent être soumis aux mêmes délais. — Ils n'auront donc que deux mois pour contester la Légitimité de l'enfant à compter du jour où l'existence de cet enfant leur sera connue, soit qu'il vienne les troubler dans la possession de leurs droits héréditaires, soit qu'il se mette avant eux en possession des biens que la loi leur assure. — Enfin, la prescription de ce droit peu favorable, est tellement juste, hors des délais rigoureux prescrits pour son exercice, qu'il ne doit point suffire, pour la suspendre, d'un acte extrajudiciaire contenant l'intention de désavouer l'enfant, ou même le désaveu formé par le mari ou les héritiers. Ce droit sera encore irrévocablement aboli, si, dans le mois qui suivrait cet acte préliminaire, le mari ou les héritiers n'ont pas intenté leur action en justice contre le tuteur qui sera spécialement nommé pour défendre l'état de l'enfant ».]]

§. III. *A quels tribunaux appartient la connaissance des demandes en déclaration de Légitimité et de bâtardise?*

Cette question doit être discutée sous deux faces, c'est-à-dire, et par rapport à la juridiction ecclésiastique, comparée avec la juridiction séculière, et par rapport aux juges séculiers entre eux.

I. Les officiaux sont-ils compétens pour connaître de l'état d'un enfant? Les canonistes font là-dessus une distinction. Ou l'on conteste la Légitimité sur le fondement que le père et la mère n'ont pas été mariés valablement, ou l'on se borne à soutenir que l'enfant n'a point reçu le jour de ceux qu'il appelle son père et sa mère.

Au premier cas, disent-ils, la connaissance de la Légitimité ne peut appartenir qu'au juge ecclésiastique; et si la question en est proposée incidemment devant un juge laïque, il doit la renvoyer à l'official, et surseoir au principal jusqu'à ce qu'elle soit jugée. C'est en effet la disposition expresse du chap. 3, *de ordine con-*

(1) Ces cas sont déterminés par les art. 312, 313 et 314. *V.* ci-devant, sect. 2, §. 1 et 2.

Source : BIU Cujas

ditionum, aux décrétales : *Tuam non credimus latere prudentiam causam natalium reginæ Cypri ad examen nostrum, utpotè quæ ad forum ecclesiasticum pertinet, esse delatum. Undè claræ memoriæ Philippum, regem Francorum, patrem tuum litteris nostris curavimus præmonere, ut si forsitan in reginâ ipsâ super successione comitatûs Campaniæ, quæstionem proponeret coram eo, non audiret eandem, quousquè terminata esset prædicta causa natalium, ex quâ illa noscitur dependere....* — Le ch. 7, *qui filii sint Legitimi*, dit la même chose : *Causam quæ inter R. et F., super eo quòd mater dicti R. dicitur non fuisse de legitimo matrimonio nata, agitari dignoscitur, vobis commisimus terminandam...., fraternitati vestræ mandamus, quatenùs regi possessionis judicium relinquentes, de causâ principali, videlicet utrùm mater dicti R. de legitimo sit matrimonio nata, plenius cognoscatis, et causam hujusmodi terminetis.*

Au second cas, tous les docteurs conviennent que le juge laïque est compétent pour connaître de l'état des personnes.

Cette distinction était autrefois suivie en France ; témoin ce que nous avons dit, sect. 1, §. 1, n. 3, au sujet des enfans du roi Philippe-Auguste, et de ceux de Marguerite, comtesse de Flandre. Nous en avons une autre preuve plus récente, dans un arrêt du 4 juin 1565, rapporté par un additionnaire de Papon, qui renvoie à l'official la connaissance d'une demande en déclaration de Légitimité, fondée sur un mariage dont la validité n'était pas reconnue.

Mais depuis, la jurisprudence a changé ; et c'est aujourd'hui une maxime constante en France, que le juge laïque ne doit souffrir en aucun cas que l'on se pourvoie devant un official pour faire décider la question de savoir si un enfant est légitime ou bâtard. C'est la remarque de Dumoulin sur le ch. 5, *qui filii sunt legitimi*, aux décrétales : *hodiè in hoc regno indistinctè judex sæcularis cognoscit, nec fit remissio ad ecclesiam.*

On juge de même dans la partie des Pays-Bas autrichiens qui n'ont pas de loi particulière sur ce point. C'est ce que prouve un arrêt du grand conseil de Malines, qui est rapporté dans les termes suivans par Dulauri : — « Charles-Philippe de La Motte, secrétaire du grand conseil, ayant été condamné à payer à N. de La Motte, sa fille, pour alimens, la somme de soixante-dix florins par an, en quatre paiemens égaux de trois mois en trois mois, ladite fille fit une nouvelle instance à son père, et représenta qu'il lui avait reproché qu'elle était bâtarde, notoirement à dessein de la priver de sa succession ; et conclut à ce que par sentence, elle fût déclarée enfant légitime de son père, d'autant que sa mère avait été effectivement mariée audit Charles-Philippe de La Motte..... La cause étant contestée pardevant le grand conseil, le père soutint que la connaissance de la matière était privativement de la compétence du juge d'église, ..., et sur ce fondement requiert le renvoi pardevant le juge d'église. La cour, par arrêt du 28 février 1711, rejeta le congé de cour (ou déclinatoire) proposé par le père ».

Le pays de Liège a là-dessus une jurisprudence différente. Un concordat passé le 10 mars 1541, entre l'empereur Charles-Quint et l'évêque de Liège, adapte formellement à ce diocèse la distinction établie par les canonistes, entre les contestations de cette nature qui dépendent de la validité du mariage, et celles qui roulent uniquement sur la filiation : *Quoad fœdus matrimoniorum* (porte-t-il, tit. 1, art. 2), *item an quis sit legitimus, divortio inter conjuges celebrando, vel non, solius judicis ecclesiastici erit cognitio, etiamsi quæstio Legitimitatis vel illegitimitatis aut fœderis matrimonialis inciderit coram judice sæculari ; quo casu judex sæcularis supersedere tenebitur, et hunc articulum, tanquam spiritualem, ad judicem ecclesiasticum, per eum infra anni spatium terminandum, relinquere.* — L'art. 6 ajoute que l'official ne pourra connaître *de filiatione, cùm est quæstio inter laïcos de mero facto, an talis sit filius vel non.*

[[Il n'existe plus d'official dans le pays de Liège, depuis la réunion de ce pays à la France ; le concordat dont il s'agit, n'y peut donc plus faire loi.]]

En Allemagne, les consistoires des protestans sont également en possession de connaître de la Légitimité des enfans ; et de là est née la question de savoir si les consistoires d'Alsace ont conservé à cet égard la même autorité qu'ils avaient sous la domination germanique. Le consistoire de Landau est intervenu pour soutenir l'affirmative, dans la cause jugée par l'arrêt du 27 juin 1722, rapporté ci-devant, sect. 2, §. 1. Mais M. de Corberon, avocat général du conseil supérieur de Colmar, a fait voir que ce système ne pouvait être toléré dans une province française. Voici comment il s'est expliqué sur cette matière importante. — « Par le traité de Passau, du 2 août 1552, les droits épiscopaux furent accordés aux états protestans ; par les traités de Munster et d'Osnabruch, de l'année 1648, celui de Passau fut confirmé en tous ses points à l'égard des sujets, tels que la ville de Landau, l'une des dix qui furent cédées au roi, à la charge d'y laisser la religion protestante dans l'état qu'elle était en 1624 : or, en 1624, le luthéranisme régnait dans la ville de Landau, et dès-lors il y avait dans cette ville un consistoire qui était en possession d'exercer sa juridiction, conformément à l'usage généralement reçu dans les autres états protestans d'Allemagne. — Mais lorsque le roi a promis par le traité de Munster, de maintenir la religion protestante sur le pied qu'elle était en 1624, et que, par l'édit de création du conseil d'Alsace, du mois de septembre 1657, il a ordonné à cette compagnie de juger les peuples de cette province suivant leurs anciens usages, il n'a point entendu déroger aux maximes fondamentales de son état, dont une des principales est de ne pas

Source : BIU Cujas

souffrir les entreprises de la juridiction ecclésiastique sur la juridiction séculière.—Il n'en faut pas d'autre preuve que l'établissement des appels comme d'abus introduits, dès la naissance de cette compagnie, par les arrêts du 3 mars et du 27 mai 1659, sur les conclusions de M. Colbert, lors procureur général, par lesquels les juges ecclésiastiques furent dépouillés de la possession où ils étaient sous la maison d'Autriche, d'abuser de temps en temps de leur juridiction. — Cet établissement des appels comme d'abus est un argument invincible contre l'objection qu'on fait à l'appelant, que, par les chapitres 5 et 7 du titre des décrétales *qui filii sunt legitimi*, et par le chap. 3 du titre *de ordine cognitionum*, le droit canon attribue au juge d'église la connaissance de la Légitimité d'un enfant; car, dès qu'on proscrit comme abusives certaines maximes que l'appelant soutient être suivies dans les officialités d'Allemagne, comme, par exemple, celle qui permet aux officiaux de connaître des matières reelles, il s'ensuit que ce moyen d'identité ne peut être allégué par ceux de la confession d'Ausbourg, puisqu'il n'y a pas plus de contravention aux traités en réformant leur juridiction à cet égard, qu'il n'y en a eu en réformant celle des juges ecclésiastiques de notre communion. . . . . » — Sur ces raisons, l'arrêt cité a *fait défenses aux intervenans de connaître à l'avenir de l'état des enfans et des alimens.* [[*V. Consistoire.*]]

II. Quels sont, dans l'ordre de la juridiction séculière, les tribunaux qui doivent connaître de la Légitimité? Il faut distinguer si elle est attaquée sur le fondement d'un défaut radical dans le mariage du père et de la mère, ou si elle est combattue par d'autres moyens.

III. Dans la première hypothèse, l'appel comme d'abus est la seule voie que l'on puisse prendre; car il n'est pas possible de faire déclarer bâtard un enfant né d'un mariage qui subsiste; pour détruire la Légitimité dans ce cas, il faut l'attaquer jusque dans sa source, et alors les cours souveraines sont seules en droit d'en connaître. On n'excepte pas même de cette règle les contestations qui s'élèveraient incidemment à ce sujet dans un tribunal incompétent pour juger un appel comme d'abus; car, dans ces sortes de matières, l'incident se transforme en principal. *V.* ci-devant, §. 2, n. 1.

[[Aujourd'hui, ce n'est plus par appel comme d'abus, c'est par *demande en nullité*, que l'on procède en cette matière. *V. Mariage*, sect. 7, §. 2.]]

Dans la seconde hypothèse, il faut sous-distinguer: ou la question d'état est proposée principalement, ou elle l'est incidemment.

Quand elle est proposée principalement, c'est au juge domiciliaire de la personne qui en est l'objet, à en prendre connaissance. *Ea quæ à te cùm tibi serviret fugit, et in aliam provinciam se contulit, libertatem sibi vindicans, non injuriâ eo loco litigare compellanda est, undè quasi fugitiva recessit. Ideòque remittere eam in provinciam in quâ servivit, præses provinciæ, qui in eo loco jus repræsentat, curæ habebit: sed non ubi deprehensa est audiri debet.* (Loi 1, C. *ubi causâ statûs agi debeat.* — *Si in possessione libertatis constituta es, cùm in statûs etiam quæstione actor rei forum sequi debeat, ibi causam liberalem agi oportet ubi consistit quæ ancilla dicitur, licet senatoriâ dignitate actor decoretur.* (Loi 3, C. *eod. tit.*) — *Si ex possessione servitutis in libertatem quis proclamet, ibi agi oportere statûs causam, ubi domicilium constitutum habet qui se dominum dicit, non est ambigui juris.* (Loi 4, C. *eod. tit.*)

IV. Lorsque la question d'état est proposée incidemment, elle doit régulièrement être jugée dans le tribunal saisi de la cause principale. Cette règle est fondée sur la maxime, *accessorium sequitur principale*; mais elle admet quelques exceptions; car il y a des juges d'attribution qui ne peuvent jamais connaître des questions d'état, quoique purement incidentes: par exemple, l'art. 9 du tit. 12 de l'ordonnance de 1673, porte que les juges-consuls *connaîtront de l'exécution des lettres* royaux, *lorsqu'elles seront incidentes aux affaires de leur compétence, pourvu qu'il ne s'agisse pas de l'état ou qualité des personnes.*

On a vu ci-devant, sect. 1, §. 1, que la cour souveraine féodale de Brabant ayant connu incidemment, en 1773, de l'état de la fille du prince de Tilly, MM. de Robecq, au préjudice desquels celle-ci avait été déclarée légitime et habile à succéder, se sont pourvus en cassation au conseil d'état des Pays-Bas autrichiens. Leur unique moyen était l'incompétence des juges qui avaient prononcé l'arrêt dont ils se plaignaient. — « A l'aspect de notre défense (disaient-ils), la cour féodale devait reconnaître une question d'état et son défaut de pouvoir. Elle devait renvoyer les parties. En vain opposerait-on que nous avions reconnu sa compétence. Les juridictions sont de droit public, et il n'est permis à personne d'en intervertir l'ordre. Lorsque cela arrive, le souverain doit toujours le rétablir, en détruisant le monument que l'on a élevé contre, et renvoyer les parties pardevant les juges naturels de leur cause. *Sua cuique servari debet jurisdictio.* » — Sur ces raisons, le conseil d'état des Pays-Bas autrichiens a, par décret du 16 mars 1775, cassé l'arrêt de la cour féodale comme incompétamment rendu, et a renvoyé les parties à se pourvoir au conseil souverain de Brabant.

Il y a dans le Journal des audiences un arrêt du 12 janvier 1686, qui juge pareillement, sur les conclusions de M. l'avocat général Talon, qu'un lieutenant criminel n'avait pu, en prenant connaissance des excès et des mauvais traitemens commis dans la personne d'un mari et d'une femme par un étranger qui se prétendait leur fils, admettre l'accusé à la preuve de sa prétendue filiation. — « Il paraît dans le procédé de ce lieutenant criminel, beaucoup d'affectation et de précipitation;

Source : BIU Cujas

la question d'état étant une question purement civile, elle ne pouvait être de sa compétence; et si l'intimé a quelques titres colorés de sa qualité, il devait, dans les règles, ordonner qu'avant faire droit sur l'appel de l'ajournement personnel décerné contre lui, les parties se pourvoiraient pour la question d'état, devant les juges qui en doivent connaître, pour, ce fait rapporté, être ordonné ce que de raison ». Ainsi s'exprimait M. Talon lors de cet arrêt.

V. Rousseaud de Lacombe conclut de là que les lieutenans criminels sont absolument incompétens pour connaître des questions d'état. C'est une erreur; ils peuvent en prendre connaissance toutes les fois qu'elles sont proposées principalement, et qu'il résulte des circonstances dans lesquelles elles se présentent, un crime susceptible d'une instruction à l'extraordinaire. C'est ce que prouve nettement l'art. 8 du tit. 14 de l'ordonnance de 1670 : « Les accusés, de quelque qualité qu'ils soient, seront tenus de répondre par leur bouche, sans ministère de conseil, qui ne pourra leur être donné..... si ce n'est pour crime de . . . *supposition de part, et autres crimes où il s'agira de l'état des personnes.* — L'usage vient à l'appui de ce texte. Nous avons rapporté ci-devant, sect. 2, §. 1, un arrêt de la tournelle du parlement de Paris, du 16 juillet 1695, qui prononce sur la Légitimité d'un enfant, en conséquence d'une procédure extraordinaire commencée par le lieutenant criminel d'Amiens, et continuée par le même juge, en vertu d'un arrêt du 13 août 1694.

[[Cette jurisprudence, sur laquelle on trouvera de grands développemens dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Tribunal d'appel*, §. 5, est abrogée par l'art. 326 du Code Napoléon : « Les tribunaux civils (y est-il dit), seront seuls compétens pour statuer sur les réclamations d'état ». *V.* ci-après, §. 4.]]

VI. La loi 32, §. 7, D. *de receptis qui arbitrium*, décide qu'on ne peut pas mettre une question d'état en compromis. Cette règle doit sans doute s'appliquer à la Légitimité.

§. IV. *Dans quel ordre et dans quelle forme doivent être instruites et jugées les actions en déclaration de Légitimité ou de bâtardise?*

L'ordre et la forme dans lesquelles il doit être procédé, soit à l'instruction, soit au jugement d'une demande en déclaration de Légitimité ou de bâtardise, n'ont rien d'embarrassant, ni qui ne soit déterminé par des maximes constantes.

I. S'agit-il, par exemple, de savoir si, lorsqu'un mariage est contesté, l'enfant qui a reçu le jour de la femme qu'on prétend être liée par ce mariage, est légitime ou bâtard? Il est clair que le jugement de cette question est subordonné à celui de la validité ou de l'invalidité du mariage même; et que dès-là, il n'est pas possible que celui-là précède celui-ci, puisque ce serait faire marcher la conséquence avant le principe.

C'est ainsi que, par arrêt du 11 juin 1660, le parlement de Paris, avant faire droit sur l'appel comme d'abus d'un second mariage auquel on prétendait que des nœuds antérieurs avaient mis obstacle, a ordonné que les parties feraient juger à l'officialité de Vannes, l'instance en nullité du premier mariage.

Ainsi, pour nous rapprocher davantage de notre objet, la cour souveraine de Nanci, par arrêt du 10 juin 1760, et le parlement de Paris, par arrêt du 17 juin 1761, rapportés ci-dessus, sect. 2, §. 2, n. 7, ont jugé qu'on ne pouvait pas statuer sur l'état de Basile-Amable, dont le chevalier de Beauveau prétendait être le père naturel, tant qu'il n'aurait pas été prononcé par l'official de Toul, sur la validité ou nullité du mariage de la demoiselle Alliot, sa mère, avec le sieur de Pont.

II. La question de savoir si l'on peut prendre la voie criminelle pour faire déclarer une Légitimité que des mains coupables ont cherché à obscurcir ou à altérer, est suffisamment résolue par ce qui est dit ci-devant, n. 3. [[*V.* ci-après, n. 5.]] — Mais cette question en amène deux autres.

III. La première est de savoir si, après avoir pris en cette matière la voie civile, on peut l'abandonner, pour se pourvoir à l'extraordinaire? Cette question s'est présentée depuis peu au premier tribunal de l'Alsace, d'où elle a été portée au conseil du roi.

Le 25 avril 1756, un enfant est né au village de Niderkutzenhausen en Basse-Alsace, dans les circonstances les plus singulières. — Sa mère était arrivée dans le lieu, masquée, huit jours avant ses couches; et, ni les douleurs de l'enfantement, ni la joie qui le suit, n'ont pu lui faire arracher ce voile impénétrable. — D'un autre côté, un bailli peu scrupuleux avait tout disposé pour tirer de cette marche mystérieuse, le fruit qu'on s'en était promis. Voici la lettre qu'il avait écrite le 17 avril au curé de Niderkutzenhausen : « Un ami intime m'adresse une parente, demoiselle, prête d'accoucher. Vous sentez, par ce début, que c'est un malheur dont la famille est affligée, *et qu'il est de toute conséquence de tenir le secret.* Je ne puis que me prêter à ses besoins par le secours du sieur Rarache, qui veut bien la recevoir chez lui. Dans ces circonstances, *je vous prie de vouloir bien baptiser l'enfant, le cas échéant. Madame sa mère s'appelle* Marie-Thérèse Lindembourgin, *fille. Le père dudit enfant est* François-Auguste Rodenach, *tous deux de* Stronek *dans le Brisgau. Après cette déclaration, il sera inutile, monsieur, que la sage-femme se tourmente pour en avoir une autre.* Qu'elle lui rende les secours qui dépendront d'elle; et si l'accouchée avait quelque accident inopiné, j'y ferai passer de suite le médecin de Soultz, qui est un parfait accoucheur. *J'espère qu'en faveur de l'amitié dont vous m'avez honoré, vous applanirez toutes les difficultés qui*

Source : BIU Cujas

pourront survenir ». — Que pouvait, que devait faire le curé dans une conjoncture aussi délicate? La loi veut que les registres de baptême contiennent les noms de l'enfant, du père et de la mère, du parrain et de la marraine; mais c'est à ces derniers qu'elle laisse le soin de fournir ces renseignemens importans; et ici, le parrain et la marraine donnés à l'enfant de la dame masquée, pris sur le lieu même, n'avaient aucune connaissance de sa famille. Si le curé s'en rapportait à leur déclaration, il était forcé d'inscrire sur son registre, *père et mère inconnus*. — Si, au contraire, il voulait en croire le bailli, s'il se laissait diriger par ses insinuations, il avait, à la vérité, des noms, mais pouvait-il en faire usage? — Lorsque le parrain et la marraine sont appelés par la loi à nommer l'enfant, le père et la mère, leur attestation est signée d'eux. Elle l'est, sur un registre public, dans un lieu sacré, dans une cérémonie auguste. Que de motifs pour y ajouter foi? En était-il de même de la lettre du bailli? Le curé pouvait-il en consigner le contenu dans un registre fait pour inspirer la confiance, et couvrir ainsi cette attestation isolée des formes respectables consacrées par la loi? Cependant, si cette lettre contenait la vérité, pourquoi priver un enfant de l'état qui lui appartenait? — Ces réflexions firent prendre au curé un parti qui lui parut éviter les deux écueils entre lesquels il était placé. Ce fut de se conformer à la lettre du bailli; mais en observant que c'était d'après elle qu'il avait rédigé l'acte, et qu'il ignorait si la déclaration était sincère. *Ut mihi D. Geiger per litteras dedit, constitit ac declaravit; si vera sit declaratio, nescio.* Par-là, les parrain et marraine et lui n'ont attesté que le seul fait qui fût à leur connaissance, celui du baptême. L'acte le prouve. — Le 9 juillet 1777, le baron de Boecklin et la dame de D.... sa mère, dont il avait toujours été réputé le fils unique, furent assignés au directoire du corps de la noblesse de la Basse-Alsace, à la requête d'un soi-disant Francois-Joseph de Boecklin, à l'effet de se voir déclarer fils légitime, né du mariage de la dame de D.... et du feu sieur de Boecklin, père; et en conséquence, voir ordonner que l'acte de baptême dont on vient de rappeler les termes, serait rectifié en conformité de la sentence qui interviendrait. — Le premier soin du baron de Boecklin fut de remonter au principe et au prétexte de l'action qu'on intentait contre lui. Il se transporta dans la paroisse, pour y vérifier lui-même les registres; il trouva, à la vérité, un acte baptistaire à la date indiquée dans l'assignation; mais cet acte était raturé et falsifié, de manière que l'on reconnaissait aisément que tous ces changemens n'avaient été faits qu'à différens intervalles, et que les falsifications n'avaient été que graduelles et combinées sur l'usage qu'on voulait faire de l'acte. Il était néanmoins facile de le lire encore dans sa rédaction primordiale. Le sieur de Boecklin s'en fit délivrer une expédition figurée. — Il fit ensuite une sommation à son adversaire de produire le titre mentionné dans sa requête, et sur lequel il appuyait sa demande. Ce fut pour satisfaire à cette sommation, que le même jour, 26 août 1777, le prétendu Boecklin fit signifier un extrait tiré des mêmes registres de la paroisse de Niderkutzenhausen, mais qui différait également du registre, soit dans son état primordial, soit dans son état de falsification. — Il n'était pas possible qu'une action aussi célèbre dans ses conséquences ne fît le plus grand éclat; toute la ville de Strasbourg, le village de Niderkutzenhausen et l'Alsace entière furent bientôt instruits de la demande du prétendu de Boecklin et du titre sur lequel il l'appuyait. Une main inconnue fit passer à la dame de Boecklin, mère, une expédition du même extrait, délivré par le même curé le 6 octobre 1776, qui formait une édition absolument différente de toutes celles qui avaient été produites jusqu'alors. Elle la fit signifier à son adversaire le 2 novembre 1777. — Les choses en cet état, Baleyne (c'était le nom qu'avait porté jusqu'alors le réclamant), présenta requête au directoire de la noblesse; il y exposa que la dame de Boecklin foulant aux pieds tous les sentimens de la nature, et dans l'intention de conserver à son fils aîné tous les biens de la famille, avait volontairement recélé sa grossesse; qu'elle était accouchée secrètement, *et sous le masque*, dans le village de Niderkutzenhausen; qu'elle avait fait baptiser son enfant sous des noms de père et de mère empruntés; que cet enchaînement de manœuvres annonçait également la supposition de personnes et la suppression de part. Il ajouta que, pour mieux déguiser son état, on avait falsifié son acte baptistaire; qu'on en rapportait quatre expéditions, toutes quatre différentes entre elles, toutes quatre contraires à la teneur des registres. En conséquence il demanda qu'il lui fût permis de faire informer des faits contenus dans sa requête, contre ceux qui étaient les auteurs, fauteurs et complices de ces supposition de personne, suppression de part, fausseté et falsification de l'acte baptismal et de tout ce qui y était relatif, pour, les informations faites, rapportées et communiquées à la partie publique, être pris par lui telles conclusions à fins civiles qu'il aviserait. — Il joignit à sa plainte une déclaration sous seing-privé, en date du 7 novembre 1777, par laquelle le curé annonçait que, pour répondre aux reproches qui lui étaient faits sur la variation des différents extraits qu'il avait délivrés de l'acte du 25 avril 1756, il n'avait rédigé cet extrait, dans le principe, que sur une lettre du sieur Geiger, parceque la mère de l'enfant étant masquée lors de l'accouchement, la sage-femme n'avait pu ni la reconnaître, ni la voir; mais qu'ayant appris son nom dans la suite des couches, elle était venue lui en faire sa déclaration, et que c'était sur cette déclaration qu'il avait réformé l'acte baptistaire. — Sur cette requête, intervint, le 18 février 1778, une sentence qui donna acte de la plainte, et permit d'informer des faits qui y étaient articulés. — Baleyne dénonça lui-même ce jugement au sieur de Boecklin, par acte du 7 mars suivant, et soutint que dans les principes du droit, l'action civile ne pouvant concourir avec

Source : BIU Cujas

l'extraordinaire, il devait être sursis au jugement de la demande qu'il avait formée le 9 juillet 1777, jusqu'après la sentence définitive à intervenir sur la plainte qu'il avait rendue. — Le baron de Boecklin et la dame sa mère ne balancèrent pas à se rendre appelans de la plainte et de la permission d'informer. — Un premier arrêt du 10 mars ordonna l'apport des charges et informations; et, sur le vu de ces pièces, il fut rendu, le 2 avril, un deuxième arrêt, qui, en recevant l'appel, permit de faire assigner Balayne au conseil souverain de Colmar, dans les délais de l'ordonnance. — La dame de B.... étant morte, son fils se livra tout entier à la poursuite de son affaire. Elle s'instruisit contradictoirement avec Baleyne. — La cause fut plaidée solennellement au conseil souverain de Colmar; et, sur les conclusions du ministère public, il intervint, le 29 janvier 1780, arrêt qui, faisant droit sur l'appel interjeté par le baron de Boecklin, et sans s'arrêter à la fin de non recevoir que lui opposait Baleyne, déclara celui-ci mal fondé dans ses plaintes, et le condamna aux dépens, tant de causes principale que d'appel ». — Baleyne a déféré cet arrêt au conseil comme une décision contraire à tous les principes, comme un jugement qui le dépouillait de son état et de sa fortune. — Tout a changé sur cette nouvelle scène. Une autre question que celle qu'avaient jugée les magistrats de Colmar, a été présentée au conseil du roi; et le 27 mars 1781, l'arrêt du 29 janvier 1780 a été cassé. — Le baron de Boecklin s'est hâté de former opposition à cet arrêt: — « Tous les moyens invoqués par Baleyne (a dit son défenseur), frappent sur la supposition purement gratuite, que l'arrêt du 29 janvier 1780 l'a débouté de sa demande principale. C'est à la faveur de cette équivoque, adroitement ramenée à chaque période, qu'il est parvenu à intéresser l'humanité en sa faveur. Mais l'arrêt ne contient pas un mot de ce qu'il lui fait dire; il ne touche pas au fond de la réclamation; et quand le débouté qu'il prononce, pourrait s'appliquer même à la demande principale, les moyens n'en seraient pas moins illusoires. — Qu'a donc jugé le conseil souverain de Colmar, nous dira-t-on, s'il n'a pas débouté de la réclamation d'état? Il a jugé que celui qui avait formé sa demande au civil, n'était pas fondé à abandonner sa première action, pour se pourvoir à l'extraordinaire. Il a jugé que celui qui n'avait ni titre ni possession, ne pouvait pas se procurer, par une plainte artificieusement rendue, une preuve testimoniale que l'ordonnance ne permet aux tribunaux d'admettre qu'en grande connaissance de cause, et sur l'examen le plus réfléchi des circonstances qui peuvent la rendre légitime: il a jugé que celui dont le titre avait été falsifié, n'était point fondé à rendre plainte de cette falsification, lorsqu'il était prouvé, d'un côté, que cette même falsification ne pouvait profiter qu'à lui seul, et de l'autre, qu'il s'en faisait textuellement un titre pour établir sa réclamation. Il a jugé, en un mot, que la preuve testimoniale devait suivre la décision des tribunaux, et non pas la précéder; et que celui dont l'action était encore incertaine pour se procurer une preuve par la voie de l'enquête, n'était pas fondé à prendre une route détournée pour se procurer cette même preuve par la voie de l'information ». — Sur ces moyens, arrêt du 24 février 1783, qui reçoit le baron de Boecklin opposant à celui de cassation; ordonne l'exécution de l'arrêt du conseil souverain de Colmar, du 29 janvier 1780; et condamne Baleyne aux dépens.

IV. La seconde question que nous avons annoncée, est de savoir si une mère qui, dans le temps où elle réclamait contre son mariage qu'elle prétendait nul, a fait baptiser comme bâtard et a mis sur le compte d'un autre que son époux, un enfant qu'elle avait conçu et dont elle était accouchée pendant sa séparation non judiciaire d'avec celui-ci, peut, pour cela, être poursuivie criminellement à la requête du tuteur de cet enfant?

On voit bien que nous voulons rappeler ici la célèbre affaire jugée au parlement de Paris, le 17 juin 1761, entre la demoiselle Alliot, épouse du sieur de Pont, et le nommé Larralde.

Les circonstances de cette affaire sont détaillées ci-dessus, sect. 2, §. 2, n. 7. Il ne nous reste ici qu'à rendre compte des moyens qu'employait la demoiselle Alliot pour repousser l'action criminelle qui était intentée à sa charge.

« Un décret, disait-elle, est toujours la menace d'une peine; toute peine suppose un délit. Le délit qu'on reproche ici à l'accusée, n'est que d'avoir déclaré le véritable père de son enfant. Le ministre de la loi a donc puni une action de justice. La punition est donc injuste. Elle doit être anéantie par le tribunal souverain. — Mais (dit Larralde), cette règle, si connue, qui pour le bien des familles et des états, présume toujours le mari père, que devient-elle? — 1° Quand, dans le fait, la règle *pater est* s'appliquerait à cette cause, dans le droit, elle ne soumet point les femmes à faire une fausse déclaration dans les actes de baptême de leurs enfans. — 2° Quand, dans le droit, la règle *pater est* soumettrait les femmes à cette fausse déclaration, dans le fait, elle ne s'appliquerait pas à la cause présente. — Supposons d'abord qu'il soit sûr que le mariage de la demoiselle Alliot avec le sieur de Pont est valable, on va voir que la règle qui rend le mari père, n'obligeait pas la demoiselle Alliot de donner le nom du sieur de Pont à son enfant. — Elle existe, sans doute, cette règle utile et sévère, qui charge l'époux, malgré lui, de l'enfant né à l'ombre de son mariage; c'est en vain qu'il le repousse et qu'il le désavoue; c'est en vain que la femme publie ses torts, et nomme le père de cet enfant; comme il est certain que l'époux a seul le droit d'être père, comme il est possible qu'il le soit, dans ce doute, la loi présume en faveur du devoir: présomption sage, et que réclame l'intérêt des familles. L'évidence seule prévaudra contre elle. Un long voyage, au-delà des mers, une frigidité reconnue, un divorce absolu et public,

Source : BIU Cujas

en un mot, l'assurance physique ou morale que le mari ne pouvait être père, font disparaître la présomption légale. Mais, s'il reste quelque incertitude, le mariage fait que l'époux est père. Il a beau s'en défendre et se plaindre, la femme a beau s'avouer coupable : le magistrat peut le croire comme homme ; mais, comme juge, il doit douter; et, dans le doute, la présomption légale l'emporte. — Mais quoi! parceque des vues d'ordre public font que la loi n'a point égard aux aveux humilians de la femme, cette femme sera-t-elle coupable d'avoir acquitté sa conscience? Que les magistrats, qui ne voient que les conséquences générales, forcent l'époux d'adopter les enfans d'un autre, c'est un malheur que la cause commune exige; c'est une victime du bien public, qui doit obéir à la loi. Mais est-ce à celle qui a trahi la foi conjugale, à provoquer cette scandaleuse adoption? Si la loi connaissait, comme elle, la vérité, conserverait-elle à la fois l'imposture et l'opprobre? La loi, qui doute, ne presume point les fautes : mais la femme, qui sait le vrai, est-elle punissable pour ne pas agir comme la loi? Que l'époux, qui, dans nos mœurs, est l'unique vengeur du lit nuptial, puisse poursuivre une femme qui s'avoue coupable, ce n'est pas de ce point qu'il s'agit ici. Il y est question seulement de savoir si cette femme, vraiment coupable d'avoir eu *un enfant* d'un autre homme, est coupable une seconde fois, pour avoir déclaré le vrai dans un acte de baptême. Commet-elle un second crime, en ne couvrant pas du nom de son mari, les fruits d'un commerce illicite, en ne lui donnant pas pour enfans et pour héritiers, les gages d'un amour étranger? S'il était, dans nos livres, une loi qui la punît de s'être ainsi conduite, cette loi lui commanderait un parjure. La religion défendait à la demoiselle Alliot de cacher la vérité : la loi civile ne doit donc pas la punir de la lui avoir fait connaître. Ces deux espèces de lois, pour avoir des exercices différens, en sont-elles moins uniformes dans leurs principes? — Il peut arriver cependant que la loi ne soit point convaincue que la femme a déclaré le vrai. La loi a choisi et borné le nombre des preuves qu'elle veut admettre, pour s'assurer que l'époux n'est pas père. Ces preuves sont les impossibilités physiques et morales. Or, quelque sincère qu'une femme puisse être, ce genre de preuve peut lui manquer. Alors la femme ne saurait convaincre la loi. Et comme la loi, qui fait marcher l'intérêt public avant tout, n'abandonne jamais ses règles, comme aussi le ministre de la loi cesse d'être homme dans ses fonctions, pour ne voir que des yeux de la loi, alors l'époux est forcé d'être père. — Mais si ce doute légal le fait déclarer père, parceque, dans le doute, la loi suppose l'ordre, et qu'en suivant l'ordre, il doit l'être; le doute légal s'oppose aussi à la punition de la femme, parceque, dans le doute, on ne suppose jamais le crime, et que la suppression d'état en est un. — C'est ici que notre raison ne peut trop rendre hommage à la supériorité des lumières qui ont formé les lois, puisque leurs propres contradictions servent elles-mêmes à établir cet ordre universel et sûr, qui concilie le bien de chacun et l'intérêt de tous. — Ainsi, pourvu qu'une femme s'annonce dans l'acte de baptême, comme étant la mère de son fils, afin de conserver à la loi la faculté d'en régler le sort, elle n'altère en rien son état, puisque, d'une part, elle expose avec vérité dans quel rang l'a placé la nature, et que, de l'autre, elle laisse la loi à portée de le changer de place. La mère commence, pour l'acquit de sa conscience, par attester l'état que le sang donne à son fils. La loi ensuite, par des vues d'ordre public, pourra le transporter dans un autre état, si le genre de preuves faites pour servir d'exception à la règle, ne se rencontre pas. Ainsi, l'effet de cette règle sera peut-être de donner à cet enfant, un père adoptif et légal; mais l'effet de cette règle ne sera jamais de soumettre la femme à des peines, pour avoir nommé le vrai père. — Cette femme sera dans le cas d'un témoin dont la déclaration ne suffit pas pour convaincre les magistrats, mais que les magistrats ne regardent pas, pour cela, comme faux témoin. Ils pourront bien n'avoir pas égard à la déclaration de cette femme; mais ils ne sévironts pas contre elle, parcequ'elle a eu le courage de la faire. L'objet public du magistrat sera rempli, et la femme aura suivi la voix secrète de son devoir. — Ainsi, quand il serait certain que la demoiselle Alliot a été valablement mariée au sieur de Pont, elle ne serait point punissable d'avoir nommé le chevalier de Beauveau pour père de son enfant. Donc le décret de prise de corps et toute l'instruction criminelle sont et doivent être déclarés nuls. — Faisons présentement une hypothèse, dont tout ce qui vient d'être dit, fera sentir l'absurdité. Supposons que la règle *pater est* doive assujettir une femme au décret de prise de corps, pour n'avoir pas déguisé la vérité dans l'acte baptistaire de son fils; cette règle n'en sera pas plus redoutable pour la demoiselle Alliot, puisque le mariage étant actuellement contesté, il n'est pas possible de lui objecter la règle qui rend le mari père, tant qu'il ne sera pas jugé si le sieur de Pont est le mari. — Il faut bien, en effet, pour appliquer la règle qui rend le mari père, que le mariage soit constant, puisque c'est de la validité de ce mariage que dérive la présomption légale. Si donc il est douteux qu'il y ait un vrai mariage, si l'existence en est attaquée, si la femme elle-même en conteste la validité, pourquoi donnera-t-elle à un homme qu'elle soutient ne pas être son époux, l'enfant qu'elle n'a eu d'un autre homme que parcequ'elle était persuadée qu'elle était libre? — Si le juge, devant lequel la demande est portée, déclare nul son mariage, il sera jugé que, vicieux dès son principe, ce mariage n'a jamais eu lieu; et la déclaration qu'elle a faite dans l'acte de baptême, ne sera jamais réformable. Si, au contraire, le juge déclare que le mariage est bon, il s'ensuivra

Source : BIU Cujas

qu'elle s'est trompée quand elle l'a cru nul; et, après que le juge d'église aura décidé qu'elle est femme, la règle *pater est* décidera peut-être, si d'ailleurs d'autres circonstances n'en empêchent, que son mari est père. — Il faut donc la décréter encore, parcequ'en attendant l'évènement du procès, nous l'appelons la *demoiselle Alliot*. Pourquoi prend-elle ici son nom de fille? C'est qu'elle soutient en l'officialité que le sieur de Pont n'est point son mari: lui fera-t-on un crime de réclamer contre un mariage qui, selon elle, n'exista jamais? Pourquoi donc lui en faire un d'avoir dit vrai dans l'acte de baptême? Y a-t-il dans cette marche, toujours égale et toujours vraie, on ne dit pas un crime, on ne dit pas une apparence de crime, mais on dit l'ombre de la faute la plus légère? — Mais, dira-t-on, jusqu'au temps du jugement de l'official, elle devait se soumettre, par provision, au titre légal qui assurait, au moins extérieurement, à son fils la qualité de fils légitime du sieur de Pont. — Ce sophisme, est bien facile à renverser. — Etait-ce donc pour la mère, qui attaquait ce mariage en justice, que ce mariage devait avoir une exécution provisoire? Etait-ce à elle à se conformer, par provision, au titre contre lequel elle réclamait, pour que cette soumission-là même devînt contre elle un moyen sûr qui la privât de sa réclamation? On voulait donc que, dans le temps où elle protestait que son mariage ne faisait point un vrai mariage, qu'il n'y avait ni sacrement ni lien civil, que jamais il n'avait été ni libre ni consommé, elle offrît son enfant au baptême, comme le fruit de ce même mariage. On voulait, en un mot, qu'elle élevât elle-même une fin de non recevoir contre ses propres prétentions. — Mais ce n'est pas à elle seule qu'aurait nui cette étrange conduite. C'est alors que les droits de son fils auraient été étrangement compromis. Les déclarations qu'elle a faites, étaient le seul moyen d'assurer, en tout evènement, à son fils la juste place marquée pour lui au livre de la loi: pour ne point porter d'atteinte à l'économie des lois, elle n'a point déguisé son mariage, elle n'a point dissimulé qu'elle était la demoiselle Alliot; elle n'a point nié qu'elle paraissait unie au sieur de Pont par un lien extérieur; elle a déclaré que le chevalier de Beauveau était le père naturel de son fils. Elle a donc elle-même affermi tous les points d'où partiraient les magistrats, pour donner à Basile-Amable le sort qui lui est dû. Par-là, les intérêts de son enfant sont entiers et assurés pour tous les cas. Si, d'un côté, elle eût caché que son fils était né du chevalier de Beauveau, elle enlevait à cet enfant le droit de lui appartenir, au cas que le mariage du sieur de Pont fût déclaré nul. Si, d'un autre côté, elle eût caché qu'elle paraissait mariée au sieur de Pont, on eût pu lui reprocher d'avoir voulu détourner la loi constitutive de l'état des citoyens. — Ainsi, ce qu'elle a fait, en déclarant, tant à l'église qu'au commissaire de police, les deux vérités à la fois, ne pouvait nuire dans aucun cas à son enfant. Et ce qu'on voudrait qu'elle eût fait, en supprimant l'une des deux, pouvait lui porter un préjudice irréparable. Elle n'a donc fait que ce qu'elle a dû faire, et pour son fils, et pour elle-même. — Sous quelque point de vue que cette affaire s'envisage, la demoiselle Alliot a donc été injustement décrétée: d'un côté, la règle *pater est* ne constitue pas en délit punissable la femme qui a dit le vrai: de l'autre côté, cette règle opérât-elle ce triste effet, ne peut s'appliquer, que le mariage ne soit constant. — Dira-t-on qu'il faut attendre la décision du juge d'église; que c'est elle qui nous apprendra si la demoiselle Alliot a fait ou n'a pas fait un délit? — Ce raisonnement ne serait qu'un sophisme: 1° ce qui justifierait la demoiselle Alliot de tout délit, quand sa déclaration en serait un en elle-même, ce serait, comme on l'a vu, précisément parcequ'elle l'a faite avant que l'official eût jugé. Ce n'est donc pas le jugement que l'official doit rendre qui nous apprendra si la demoiselle Alliot est ou n'est point coupable, pour avoir fait cette déclaration. — 2° Il est encore démontré qu'une femme, même mariée, n'est pas punissable pour avoir acquitté sa conscience, et que les magistrats, quoiqu'ils n'ajoutent pas toujours une foi légale à la déclaration de la femme, ne la poursuivent pas, pour cela, comme coupable d'une fausse déclaration. Donc le jugement de l'official, quand il serait défavorable, ne constituerait pas davantage la demoiselle Alliot en délit. Il faut donc, dès à présent, anéantir le décret lancé contre elle. — Ne nous y trompons pas, Larralde n'a pas fait décréter la demoiselle Alliot, pour la faire punir d'une suppression d'état; c'est du décret que cet agent avait besoin, et il a inventé un délit. Mais ce délit étant démontré faux, que devient le décret? »

Tels étaient les moyens de la dame de Pont. Voici ceux qu'y opposait Larralde, ce tuteur dont la qualité était contestée:

« La dame de Pont (disait-il), n'a point de délit à se reprocher, elle l'assure. Si, devenue enceinte dans le cours de son mariage, elle a fait présenter son enfant au baptême comme le fruit d'un amour adultère, ou du moins d'un commerce illicite; si elle a supprimé sa qualité, le nom de son mari; si elle a fait paraître, à côté du sien, le nom d'un homme qui n'avait auprès d'elle d'autre titre que celui que sa passion lui avait donné; si elle a couvert la naissance de son fils de honte et d'ignominie, tout cela est innocent, s'écrie-t-elle. Ce n'est qu'un hommage qu'elle a dû rendre à la vérité. Une femme même qui se croit liée légitimement, peut sans crime, lorsqu'elle est sûre que l'enfant qu'elle porte, n'est point l'ouvrage de son mari, déclarer qu'il n'est qu'un bâtard adultérin. A plus forte raison l'ai-je pu, poursuit la dame de Pont, moi qui n'ai jamais regardé mon époux que comme un fantôme, moi qui, dans ce moment, citée par mon mari à l'officialité, me proposais de l'y appeler moi-même, pour voir dissoudre des nœuds mal

Source : BIU Cujas

tissus, — Quelle morale! quelle doctrine! Quoi! une mère aura le droit d'attenter à l'état de son fils! Ce n'est point à nous à résoudre des cas de conscience; mais qu'est-il besoin d'emprunter le flambeau de la théologie ni de s'étayer du sentiment des canonistes ou des jurisconsultes, quand la loi civile, quand le repos de la société, quand l'honneur des familles, la dignité du mariage, l'intérêt public, la décence, les mœurs, parlent d'un ton si fort et si impérieux! Ce que l'on voit, ce que l'on sent, c'est que nul ne peut enlever à quelqu'un le bien qui lui appartient. Le plus précieux de tous les biens, c'est l'état, c'est la légitimité : l'état est, pour ainsi dire, une portion de nous-mêmes. Je nais sous la loi d'un mariage : donc je nais le fils du mari de ma mère. C'est un titre que les lois me donnent : *pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Quiconque tente de voler ce titre précieux, est un ravisseur; il est nécessairement criminel. — Les déclarations des mères ne peuvent nuire, il est vrai, à l'état des enfans, quand cet état est d'ailleurs connu. Mais, d'un côté, n'en rejaillit-il pas toujours sur eux un déshonneur, que le préjugé rend quelquefois ineffaçable? D'un autre côté, lorsque c'est dans l'acte même de baptême que réside la fatale déclaration, ou plutôt, lorsque cet acte est rempli d'obscurités et de déguisemens, de quelles épines ne sème-t-on pas la route d'un fils réduit à s'élever contre son titre fondamental, et à constater un faux souvent difficile à manifester? — Si une femme a été capable de violer sa foi, qu'elle pleure en silence son infidélité; que ses remords soient son premier châtiment. Mais qu'elle ne vienne point en étendre la peine jusque sur un fils innocent, en qui la sage politique de la loi ne veut ni apercevoir, ni présumer, ni soupçonner la tache que l'inutile indiscrétion de la mère vient odieusement révéler. La tranquillité, l'harmonie de la société entière dépend de l'observation de ces grandes maximes. — Ont-elles moins de force contre une femme, qui songe à attaquer son mariage? Lorsque Basile-Amable est né, il y avait douze jours, il est vrai, que le sieur de Pont avait fait assigner la dame son épouse pour la dissolution de leur lien conjugal; et, peu de temps après la dame de Pont, consentant à être dégradée, est venue assurer l'official qu'elle ne demandait pas mieux que d'être séparée d'un mari qu'elle n'aimait plus. Mais, est-ce qu'une circonstance de cette espèce était capable d'altérer les droits acquis à l'enfant? La dame de Pont part du plus faux des principes: parceque, dans son conseil particulier et secret, elle a jugé que son mariage était nul, elle s'imagine que cette décision privée doit l'emporter sur l'autorité d'un titre solennel. Elle veut que le sort de son fils subisse la loi de son opinion. — Assurément, à l'époque de la naissance de Basile-Amable, il existait un lien, du moins extérieur, sensible et civil, qui appartenait à l'ordre public. Serait-il concevable que la seule demande en nullité du mariage, eût eu la vertu d'effacer un engagement public qui subsistait depuis neuf années? L'état actuel était un mariage existant; conséquemment il y avait un droit de légitimité acquis à Basile-Amable. La possession de la mère valait une possession de l'enfant. C'est donc toujours à cet état notoire que devait être conforme l'acte baptistaire : on n'a pu le rédiger autrement, sans transgresser les règles les plus importantes. — Tout au plus, si la dame de Pont craignait que sa soumission à la loi ne nuisît à son chimérique projet de réclamation, elle pouvait, en agissant à découvert, donner à son fils le titre qui lui appartenait, et faire, le même jour, une protestation devant quelque notaire. C'était un moyen si facile de concilier son prétendu intérêt avec les droits inviolables de son enfant; au lieu qu'elle sera inexcusable à jamais de s'être travestie, d'avoir masqué son état de femme mariée, d'avoir, de son autorité et par provision, condamné son fils à une illégitimité flétrissante. — Mais, dit la dame de Pont, le tort que j'ai fait à mon enfant, n'a été qu'apparent. Guidée par son intérêt réel, j'ai voulu lui ménager une destinée plus brillante : je lui ai assuré l'avantage d'une légitimation par mon mariage futur avec le chevalier de Beauveau, qui m'en a donné la promesse. — Et voilà donc les chimères auxquelles Basile-Amable a été sacrifié! Quoi! les assurances, la promesse du chevalier de Beauveau, forment-elles donc des engagemens obligatoires? Est-il quelque tribunal qui pût le contraindre à les remplir? — Sa promesse donnée dans le cours d'un mariage, est une promesse illicite. Voilà tout ce qu'on en peut penser; elle n'a nulle efficacité. Quoi! le serment d'un amant est-ce un gage si assuré d'une légitimation prochaine? On ravit à Basile-Amable un état certain et solide sur l'espérance la plus frivole! Le chevalier de Beauveau promet aujourd'hui; il peut promettre sincèrement. Mais est-il en état de répondre lui-même qu'il voudra toujours ce qu'il veut dans le délire d'une passion? Si les obstacles qui irritent son ardeur, venaient à être levés, que verrait-il, sinon un engagement téméraire surpris à sa complaisance par une femme ambitieuse? Soutiendrait-il les justes oppositions de toute sa maison? Que la dame de Pont s'abuse! — Toutes ces réflexions doivent éloigner absolument l'idée d'un interlocutoire que la dame de Pont souhaite en secret, et que son mari sollicite ouvertement au conseil du roi. L'un et l'autre désireraient qu'avant qu'il fût statué sur les actions intentées par Larralde, les parties fussent renvoyées à l'officialité de Toul, pour y être procédé sur les demandes en cassation du mariage. Leur raison est que, si le mariage est déclaré nul, il n'y aura point eu de supposition ni de mensonges dans l'acte baptistaire : Basile-Amable devra demeurer dans l'état de fils naturel du chevalier de Beauveau et de la demoiselle Alliot. — Mais c'est là un piège, une embûche dont il faut se garantir avec soin. Ce serait précisément ôter la provision à qui elle appartient, et la transporter à

Source : BIU Cujas

qui ne doit point l'avoir : ce serait dépouiller le possesseur, pour revêtir l'usurpateur. La nullité du mariage n'est qu'une exception, et même très frivole, que l'on vient ici proposer contre un titre légal. Le titre le cèdera-t-il à une prétention incertaine, équivoque, très évidemment mauvaise? — Eh! quels inconvéniens ne pourrait-il pas résulter de ce renvoi préliminaire devant l'official? L'un et l'autre des deux époux peut abandonner sa poursuite par une juste prudence : l'un ou l'autre peut mourir avant la décision, qui alors ne se prononcerait jamais. Quelle serait cependant la destinée de Basile-Amable, déshonoré par un titre de bâtardise? Pendant tout ce temps, d'ailleurs, les preuves de l'état de cet enfant dépériraient. Enfin l'official ne doit point voir reparaître dans son prétoire le sieur et la dame de Pont, que le tuteur de leur fils ne les y accompagne. Ce tuteur est le seul et légitime contradicteur de deux parties qui n'en forment qu'une par le concert de leurs défenses. Tout le monde sent qu'une affaire aussi intéressante pour l'enfant, ne doit point être jugée sans lui. Mais, pour que ce tuteur paraisse à l'officialité, il faut que la qualité de son pupille soit certaine; il faut qu'il ait dans la main un acte baptistaire régulier; et c'est ce que l'official lui-même a jugé par la sentence contradictoire qui a suspendu la cause, jusqu'à ce que la qualité de l'enfant fût réglée par les juges séculiers à qui il appartenait d'y statuer ».

Ainsi se défendait Larralde. Mais ses moyens, réfutés d'avance par ceux de la dame de Pont, n'ont pas pu garantir de la proscription les poursuites criminelles qu'il avait exercées contre celle-ci. L'arrêt du 17 juin 1761 a annullé toute la procédure, tant parcequ'elle était vicieuse en elle-même, que parceque Larralde n'avait pas réellement la qualité de tuteur qu'il s'attribuait; et sans ordonner que le procès serait recommencé à la requête de M. le procureur général, sans même ordonner que l'acte baptistaire de Basile-Amable fût réformé, le parlement de Paris s'est borné à renvoyer le sieur et la dame de Pont à l'officialité de Toul, pour y faire juger la question sur la validité ou nullité de leur mariage.

[[V. Aujourd'hui, « l'action criminelle contre un délit de suppression d'état, ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état ». Ce sont les termes de l'art. 327 du Code Napoléon.

Cette disposition (dont j'ai exposé les motifs dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Tribunal d'appel*, §. 5, et sur laquelle on peut encore voir ce qui est dit plus haut, au mot *Chose jugée*, §. 15, et ci-après, au mot *Naissance - acte de*, §. 11), ne forme-elle pas une antinomie avec l'art. 198, suivant lequel, « lorsque la preuve d'une célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfans issus de ce mariage ».

Non. Il n'y a point de contrariété entre cet article et le 327e : celui-ci pose une règle générale, celui-là y met une exception.

Pour bien concevoir l'objet et l'étendue de cette exception, il faut remonter, en quelque sorte, à la généalogie de l'article qui l'établit.

Dans le projet de la commission, cet article venait à la suite de l'art. 47 du tit. 5 du liv. 1er, lequel était ainsi conçu : — « Tout officier public devant lequel un mariage aurait été réellement célébré, et qui n'en aurait rédigé l'acte que sur une feuille volante, sera poursuivi criminellement. S'il est convaincu, il sera condamné aux peines portées par l'art. 54 du titre *des actes de l'état civil*, et en outre aux dommages et intérêts des parties. — L'action criminelle peut être intentée, tant par les époux eux-mêmes que par l'accusateur public. — Elle est dirigée par l'accusateur public, tant contre l'officier public que contre les époux eux-mêmes, si le délit a été commis de concert avec eux, et contre celui des deux époux qui aurait seul concouru à la fraude; et, dans ce dernier cas, l'action peut être intentée contre cet époux par l'autre ».

Et l'art. 48 ajoutait aussitôt : — « Dans le cas où la preuve de la célébration du mariage se trouve acquise par l'événement de la procédure criminelle, *autorisée par l'article précédent*, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfans issus de ce mariage ».

On voit que, dans le projet de la commission, l'action criminelle ne pouvait être intentée directement et sans jugement civil préalable sur la question d'état, que contre l'officier de l'état civil, et dans le cas seulement où il aurait rédigé l'acte de mariage sur une feuille volante.

Le conseil d'état a adopté ce projet, mais en le modifiant. — Il a étendu l'art. 47, non seulement au cas où l'officier de l'état civil aurait omis de rédiger l'acte de mariage, mais encore à celui où l'acte de mariage aurait été altéré, même par tout autre que l'officier public; et il l'a rangé, avec ces changemens, sous le titre *des Actes de l'état civil*, dont il forme l'art. 52. (*V. Etat civil*, §. 2.) — Mais en séparant ainsi l'art. 47 de l'art. 48, qui est devenu, comme on vient de le remarquer, le 198e du Code, il n'a pas rompu la liaison qui, dans le projet, existait entre l'un et l'autre : il est sensible au contraire que l'art. 198, par les mots, *résultat d'une procédure criminelle*, se réfère à l'art. 52, et n'en est que le complément.

Ainsi, de l'ensemble des art. 52, 198 et 327, il résulte qu'en thèse générale, il ne peut être intenté aucune action criminelle pour suppression d'état, qu'après le jugement rendu définitivement par les

Source : BIU Cujas

tribunaux civils sur l'état prétendu supprimé ; mais que si la suppression d'état est présentée comme l'effet de l'un des délits prévus par l'art. 52, elle peut être poursuivie directement par la voie criminelle.

V. Bâtard, Faux, sect. 1, §. 3; *Filiation, Légitimation, Naissance* (*Acte de*), et *Mariage.*]]

LEGS. Ce mot désignait anciennement toutes les espèces de dispositions testamentaires. C'est en ce sens qu'il est employé par le prophète Ezéchiel, ch. 46, verset 17 : *Si autem dederit legatum hereditate suâ, universorum suorum erit.* La loi des douze tables permettait seulement aux pères de famille de *léguer* leur patrimoine ; *paterfamilias uti super familiâ pecuniâve suâ legassit, ita jus esto ;* mais cette permission, dit la loi 120, D. *de verborum significatione*, renfermait celle d'instituer des héritiers, de nommer des légataires, d'affranchir des esclaves, et d'établir des tuteurs.

Dans le dernier état de la jurisprudence romaine, comme dans nos mœurs, le mot *Legs* est restreint à certaines espèces de donations qui sont faites par testament ou par un autre acte de dernière volonté.

Pour mettre cette matière dans tout le jour dont elle est susceptible, nous la diviserons en sept sections. — Nous parlerons dans la première de la nature des Legs ; — dans la seconde, de leur forme, tant intrinsèque qu'intrinsèque ; — dans la troisième, des choses qui peuvent en être l'objet ; — dans la quatrième, de l'étendue et de l'interprétation que l'on doit donner aux Legs ; — dans la cinquième, du paiement qui doit en être fait ; — dans la sixième, des précautions prises par les règlemens pour assurer le paiement et l'exécution des Legs pieux ; — dans la septième enfin, des causes qui opèrent l'extinction des Legs en général.

SECTION I. *De la nature des Legs.*

La loi 116, D. *de legatis* 1°, définit le Legs : une délibation de l'hérédité, une disposition par laquelle le testateur détache quelque chose de l'universalité déférée à son héritier, pour le donner à un autre.

La loi 36, D. *de legatis* 2°, présente une autre définition : le Legs, dit-elle, est une donation laissée par testament.

L'empereur Justinien le définit encore autrement, §. 1, *de legatis*, aux Institutes : le Legs, dit ce législateur, est une espèce de donation faite par un défunt, et dont l'héritier doit faire la délivrance : *Donatio quædam à defuncto relicta, ab herede præstanda.*

De ces trois définitions, les deux premières reviennent à peu près au même ; mais la troisième est la plus exacte. Le mot *défunt*, qui y est substitué à celui de *testateur*, employé dans les précédentes, est essentiel pour annoncer qu'on peut léguer par tout autre acte de dernière volonté qu'un testament ; et ces termes, *dont un héritier doit faire la délivrance*, sont nécessaires pour distinguer le Legs d'avec la donation à cause de mort.

On oppose à cette définition la loi 22, D. *de legatis* 2°, dans l'espèce de laquelle on voit un testateur faire lui-même la délivrance d'un Legs écrit dans son testament ; et la loi 5, §. 1, D. *de legatis* 3°, où il est dit qu'on peut grever de Legs une personne qui n'a elle-même d'autre qualité que celle de légataire. On conclut de là que les mots, *dont l'héritier doit faire la délivrance*, rendent vicieuse la définition dont il s'agit.

Mais cette conséquence n'est pas exacte. — 1° Lorsqu'un testateur délivre lui-même le Legs qu'il avait consigné dans son testament, la disposition change de nature, et devient ou donation entre-vifs, ou donation à cause de mort, suivant les circonstances dont la délivrance est accompagnée. — 2° Il est vrai qu'un légataire peut être chargé de Legs, et conséquemment en faire la délivrance aux personnes envers lesquelles le testateur l'a grevé : mais comme il faut qu'avant cela, il ait lui-même reçu des mains de l'héritier la totalité de son Legs, c'est toujours de ce dernier que provient la délivrance primordiale et immédiate des objets que le défunt a assignés aux arrière-légataires.

Y a-t-il donc une différence réelle entre le Legs et la donation à cause de mort ?

La loi 17, D. *de mortis causâ donationibus*, semble établir la negative : elle porte que *donationes mortis causâ factæ legatorum instar obtinent.* La loi 37 paraît encore plus précise : « En général (dit-elle), il ne faut jamais oublier que les donations à cause de mort sont assimilées aux Legs. Ainsi, on doit toujours appliquer aux unes les règles et les principes qui sont propres aux autres ».

Prenons garde cependant de prendre ces textes à la lettre. C'est ce que Justinien semble nous recommander, lorsqu'il dit, §. 1, *de donationibus*, aux Institutes, que les Legs et les donations à cause de mort sont *presque* assimilés en tout point ; *ut per omnia FERÈ legatis connumerantur.* En effet, s'il y a entre ces deux espèces de dispositions plusieurs traits de ressemblance, il existe aussi des différences très sensibles entre l'une et l'autre.

Elles se ressemblent, en ce qu'il faut le même nombre de témoins pour la validité de la donation à cause de mort et pour la validité du Legs ; en ce que l'insinuation n'est requise ni pour l'une ni pour l'autre ; en ce que le légataire et le donataire à cause de mort peuvent être chargés de substitution ; en ce qu'ils n'ont rien d'assuré ni d'irrévocable tant que le défunt respire ; en ce que leurs avantages respectifs sont également soumis à la quarte falcidie, etc.

Mais, d'un autre côté, le Legs n'est confirmé, suivant les principes du droit romain, que par l'adition de l'héritier institué (1) ; et la donation à

(1) Loi 181, D. *de regulis juris.*

Source : BIU Cujas

cause de mort l'est par le seul décès du donateur (1). — Les lois privent de son Legs celui qui attaque le testament par l'inscription de faux ou par la plainte d'inofficiosité; elles ne prononcent pas la même peine, en pareil cas, contre un donataire à cause de mort (2). — La donation annuelle est une; le Legs annuel au contraire se divise en autant de Legs qu'il comprend d'années (3). — La donation à cause de mort peut se faire par stipulation, et l'acceptation du donataire est requise pour la perfectionner; mais le Legs se fait toujours par testament ou par codicille, et jamais il n'a besoin de l'intervention du légataire (4). — Pour la validité d'un Legs, il faut nécessairement que la personne à qui il est laissé, soit capable de le recueillir au temps du testament ou du codicille, comme au temps de la mort du défunt (5). Dans les donations à cause de mort, on ne considère la capacité que relativement à ce dernier temps (6). — Enfin, nous l'avons déjà dit, le Legs est toujours délivré par l'héritier, et la donation à cause de mort peut l'être par le défunt.

L'ancien droit romain admettait plusieurs différences entre les Legs et les substitutions fidéicommissaires; mais Justinien les a abrogées par le §. 3, Inst. *de legatis* : « L'antiquité (dit-il), donnait aux fidéicommis une interprétation plus favorable et plus étendue qu'aux Legs: mais nous avons jugé à propos de les égaler absolument les uns aux autres, et de faire disparaître toutes les différences qu'ils présentaient autrefois entre eux; ainsi, à l'avenir tout ce qui manquera de faveur aux Legs, sera suppléé par les principes des fidéicommis; et réciproquement on adaptera à ceux-ci tous les privilèges qui peuvent se trouver de plus dans ceux-là ».

Ce que l'empereur dit ici du droit ancien, paraît contraire à la loi 1, D. *de legatis* 1°, suivant laquelle « les Legs sont en tout point semblables aux fidéicommis ». Mais cette loi est plutôt l'ouvrage des compilateurs du Digeste, que d'Ulpien à qui ils l'ont attribuée; et ils ne l'ont ainsi tournée, que pour accommoder la jurisprudence ancienne au droit nouveau.

Au reste, la similitude dont il s'agit, n'a lieu qu'entre les Legs et les fidéicommis particuliers; car le fidéicommis universel a plus de rapport avec l'hérédité qu'avec le simple Legs; nous voyons dans le §. 3, Inst. *de fideicommissariis hereditatibus*, que le fidéicommissaire universel est considéré comme un héritier utile: aussi les lois lui donnent-elles une action pour forcer l'héritier direct à appréhender la succession à ses risques et périls; ce qu'elles n'accordent pas au légataire.

Il n'existe même pas une identité parfaite entre le Legs et le fidéicommis particulier. A la vérité, les effets de l'un et de l'autre sont absolument les mêmes; mais la forme du premier diffère essentiellement de celle du second: celui-ci est toujours conçu en termes obliques; celui-là au contraire s'exprime en termes directs. *V. Substitution fidéicommissaire.*

Section II. *De la forme tant intrinsèque qu'extrinsèque des Legs.*

Nous ne répéterons pas ici tout ce que nous avons dit à l'article *Légataire*, §. 5, sur la forme des quatre espèces de Legs que l'ancien droit romain avait établies; nous nous bornerons à l'exposition des principes qui leur étaient communs sur ce point, et qui le sont encore bien plus depuis que la loi 1, C. *communia de legatis*, les a entièrement assimilées entre elles.

Il y a sur cette matière deux questions à examiner. Par quels actes peut-on léguer? C'est la première. Quels sont les vices de forme qui, dans ces actes, peuvent annuller un Legs? C'est la seconde.

§. I. *Par quels actes peut-on léguer?*

I. Avant l'empereur Auguste, on ne pouvait léguer que par des testamens solennels: mais ce prince ayant introduit l'usage des codicilles, on s'est habitué insensiblement à regarder comme valables les Legs consignés dans ces actes.

Soit qu'on légue par testament ou par codicille, il faut, pour le faire valablement, que l'un ou l'autre acte soit revêtu des formes requises par les lois.

Ainsi, l'institution d'héritier étant d'une nécessité absolue dans les pays de droit écrit pour rendre un testament valable, il est indispensable, dans ces provinces, lorsqu'on choisit cette manière de disposer, d'instituer un héritier, si l'on veut assurer l'exécution des Legs.

De là résulte une conséquence qui en produit une foule d'autres: c'est que toutes les fois que l'institution est nulle, soit par un vice de forme, soit par l'incapacité de l'institué, les Legs ne peuvent être d'aucun effet.

En serait-il de même si la nullité de l'institution ne provenait que de l'erreur qui en eût été la cause impulsive?

Voici une espèce dans laquelle la loi dernière, D. *de heredibus instituendis*, décide que non. Androsthènes avait, par un premier testament, institué Pactuméia sa nièce. Le père de cette fille étant décédé, le bruit courut qu'elle avait péri avec lui. Androsthènes, frappé de cette nouvelle, fit un second testament, et s'y exprima en ces termes: « Puisque je n'ai pas pu avoir les héritiers aux-

(1) Loi 32, D. *de mortis causâ donationibus.*
(2) Loi 5, §. 5, 6 et 7, D. *de his quæ ut indignis auferuntur.*
(3) Loi 35, §. 7, D. *de mortis causâ donationibus.* Loi 4, D. *de annuis legatis.*
(4) Lois 34 et 38, D. *de mortis causâ donationibus.*
(5) *V. Légataire*, §. 3.
(6) Loi 22, D. *de mortis causa donationibus.*

Source : BIU Cujas

quels j'avais destiné mes biens, j'institue Novius Rufus ». Cette disposition était suivie de plusieurs Legs. Le testateur mourut dans cette volonté; mais alors Pactuméia sa nièce reparut, et demanda à l'empereur d'être maintenue dans l'hérédité de son oncle; ce qu'elle obtint, sur le fondement de l'intention virtuelle du testateur, qui n'avait changé ses premières dispositions, que dans la fausse opinion où il était que son héritière était morte : mais en même temps il fut ordonné qu'elle acquitterait les Legs contenus dans le second testament, parcequ'il n'était pas prouvé qu'ils eussent eu la même erreur pour fondement. — La loi 27, §. 4, et la loi 28, D. *de inofficioso testamento*, décident la même chose dans des espèces à peu près semblables; et l'on peut (dit Furgole), « en tirer cette règle, que l'erreur dans une partie ne vicie que cette partie, et non les autres qui ne sont pas infectées du même vice, parceque les dispositions contenues dans un testament ne sont pas indivisibles, et que la nullité des unes n'empêche pas la validité des autres ».

A cette observation qui est très juste, Furgole en ajoute une qui n'est pas à l'abri de la critique : « Il faut (dit-il), prendre garde que dans le cas des lois citées, il y avait un héritier en vertu du premier testament, et que l'institution se trouvant anéantie à cause de l'erreur dans le second testament, les autres dispositions devaient valoir comme codicilles. Voilà pourquoi, s'il n'y avait qu'un seul testament, et que l'institution fût nulle à cause de l'erreur, les Legs ne devraient pas valoir, parceque l'institution étant emportée, tout ce qui est écrit dans le testament, est inutile et caduc, vu que c'est l'institution qui fait valoir toutes les autres dispositions. §. 34, Inst. *de legatis* ».

Cet auteur n'a sûrement pas fait attention que la loi 28, D. *de inofficioso testamento*, parle précisément d'un cas où il n'y avait qu'un testament, et qu'en déclarant nulle pour cause d'erreur l'institution contenue dans cet acte, elle ne laisse pas d'ordonner l'exécution des Legs et des autres dispositions particulières du défunt.

[[Aujourd'hui, l'institution d'héritiers n'est plus requise dans aucune partie de la France, pour la validité d'un testament; et il n'y a plus de différence entre un testament et un codicille. *V. Institution d'héritiers*, sect. 1.]]

II. La nullité des testamens et des codicilles emportant celle des Legs qu'ils contiennent, il est clair que, si, après avoir acquitté un Legs, on vient à découvrir qu'il a été fait par un acte nul ou révoqué, on doit être admis à le répéter. C'est ce qu'a jugé un arrêt du 12 juillet 1638, rapporté dans le recueil de Bardet; et cette décision est conforme aux lois 2, 3, 4 et 54, D. *de condictione indebiti*.

Mais il faut pour cela que le paiement n'ait point été fait par une erreur inexcusable; car l'héritier qui paye volontairement un Legs nul, se ferme la porte à toute espèce de répétition. *V. Erreur* et *Ignorance*.

En général, lorsqu'il se trouve des nullités dans les testamens ou codicilles qui renferment des Legs, elles peuvent être effacées par l'approbation des parties intéressées; et alors, le paiement des Legs n'est susceptible ni de refus ni de répétition.

La loi 38, D. *de fideicommissariis libertatibus*, nous offre à ce sujet une espèce remarquable. Un père avait légué la liberté et quelques effets à une esclave qui lui avait servi de nourrice; mais le testament se trouva nul par le défaut de solennité : néanmoins les enfans affranchirent la légataire. En conséquence, on demanda s'ils étaient obligés de lui fournir les autres Legs dont le défunt l'avait gratifiée; et il fut décidé par un rescrit impérial, que rien ne pouvait les en dispenser.

Nous trouvons dans le recueil de Stockmans, un arrêt du conseil souverain de Brabant, qui est calqué sur cette loi. — Titius avait, par un testament nul dans la forme, nommé ses enfans naturels légataires de tous ses biens; Seïus, son frère, avait demandé leur tutelle, et elle lui avait été accordée, avec la clause qu'il serait tenu de régir les biens que leur père leur avait laissés; ce qu'il avait exécuté fidèlement pendant les deux ou trois années qu'il avait survécu au testateur. Après sa mort, ces biens furent revendiqués par ses héritiers, comme plus proches parens de Titius, qu'ils prétendirent décédé *ab intestat*, vu la nullité de ses dernières dispositions. On leur opposa l'approbation de Seïus, et l'on soutint qu'ils n'étaient pas recevables à impugner un acte qu'il avait ratifié. Ils répondirent que la simple approbation de l'héritier du sang ne couvre pas les nullités d'un testament, à moins qu'elle ne soit faite par forme de convention : ainsi, disaient-ils, celui qui paye un Legs écrit dans un acte nul, ne peut pas être obligé pour cela d'acquitter les autres; et l'on ne s'engage à rien lorsqu'on déclare, en l'absence des parties intéressées, qu'on approuve tel ou tel testament. Pour moi, ajoute l'arrêtiste, j'ai été d'avis qu'il n'est pas besoin d'une convention expresse, pour donner à l'approbation de l'héritier légitime, l'effet de faire valoir un testament informe, et que le fait suffit seul pour effacer les défectuosités d'un pareil acte. Ainsi, l'héritier qui a acquitté un Legs, malgré la connaissance qu'il avait de sa nullité, n'est pas recevable à en faire la répétition. Ainsi, aux termes de la loi 1, C. *de fideicommissis*, quand on a payé pendant trois ans une pension alimentaire léguée par un testament nul, on est tenu d'en continuer le paiement, comme si le Legs était revêtu d'une forme légale. Il y a plus, l'approbation donnée à un article du testament s'étend sur tous les autres avec lesquels il a une certaine connexité, comme le prouve la loi 38, D. *de fideicommissariis libertatibus*. — Sur ces raisons, arrêt du mois d'octobre 1644, qui déboute les héritiers de leur demande, et maintient les légataires dans les biens qui leur ont été légués par leur père.

Source : BIU Cujas

Voici un arrêt plus récent qui confirme les mêmes principes. — Le 6 mai 1745, Réne de Lagarde, domicilié en pays de droit écrit, fit un testament mystique, par lequel il institua son héritier universel Jean-Marc Gaillot de Lagarde, son fils aîné, et légua par institution à son second fils et à la demoiselle de Lagarde sa fille, pour tous leurs droits de légitime, la somme de 15000 livres à chacun. Après la mort du testateur, arrivée en 1753, ce testament fut ouvert avec toutes les solennités requises, contrôlé et expédié. La famille du défunt en eut une pleine connaissance. La demoiselle de Lagarde, alors mineure, était au couvent. Trois ans après, parvenue à sa majorité, elle contracta mariage avec le baron de Saignes, et se constitua en dot ses droits légitimaires paternels, consistant dans la somme de 15000 livres que son père lui avait léguée par son testament du 6 mars 1745. Sur cette somme, 6000 liv. furent payées comptant au baron de Saignes, qui donna terme pour le surplus. — Le 9 octobre 1775, la baronne de Saignes forma sa demande en supplément de légitime contre le fils mineur de son frère prédécédé; et par requête du 3 avril suivant, rectifiant ses conclusions, elle forma sa demande en partage de la succession. — Pour appuyer cette dernière demande, elle soutint que le testament de 1745 était nul, parcequ'il y manquait quelques unes des formalités prescrites par l'ordonnance de 1735, notamment parcequ'en présentant son testament au notaire, René de Lagarde avait seulement déclaré qu'il l'avait signé à chaque page, et n'avait point dénoncé *s'il était écrit ou signé de lui, ou s'il l'avait fait écrire par main étrangère*, ainsi qu'il est prescrit par l'art. 9 de la loi citée. — Les tuteurs du mineur soutinrent que la baronne de Saignes était non recevable à demander partage, attendu que le testament avait été approuvé par elle en pleine majorité : ils lui opposèrent l'acceptation qu'elle avait faite du Legs, 1° en se constituant en dot la totalité des 15000 livres qui en étaient l'objet, et en les apportant au baron de Saignes son mari, qui avait reçu comptant 6000 livres, et donné terme pour le surplus; 2° par la demande en supplément de légitime, qu'elle avait d'abord intentée. — Le 24 août 1778, il intervint, sur productions respectives, au bailliage d'Aurillac, une sentence qui déclara la baronne de Saignes non recevable dans sa demande en partage. Appel au parlement de Paris; et le 3 mai 1780, arrêt confirmatif. — [[*V. Acte sous seing-privé*, §. 2, et *Nullité*, §. 3, n. 3.]]

III. Les Legs pieux sont-ils exceptés de la règle qui assujettit à la nullité toutes les dispositions contenues dans un testament ou codicille informe?

L'affirmative ne manque point de partisans dans la poussière de l'école, et l'on cite plusieurs arrêts qui l'ont adoptée. Il y en a un du parlement de Paris du 4 mars 1602, rapporté par Tournet; deux du parlement de Toulouse des 12 mars 1612 et 1 février 1626, rapportés par Cambolas; un du parlement d'Aix du 20 février 1652, rapporté par Boniface; et deux du parlement de Dijon des 26 juillet 1592 et 5 février 1612, rapportés par Bouvot.

Mais cette jurisprudence est évidemment défectueuse. Quelque favorable que soit la cause pie, elle ne peut l'être jusqu'au point d'affranchir les dispositions faites en sa faveur, des solennités qui n'ont pour objet que de les rendre plus sûres et plus authentiques. Prétendre qu'un Legs pieux n'a pas besoin des formalités introduites par la loi, c'est dire qu'on peut léguer sans volonté de le faire; et certainement rien n'est plus déraisonnable. — Les arrêts que nous venons d'indiquer, ne doivent pas faire grande impression; nous en trouvons plusieurs qui ont décidé tout autrement. — Brillon en cite un rendu au parlement de Dijon le 30 juillet 1618. Basnage en rapporte un autre du parlement de Rouen, rendu, lui plaidant, le 11 juillet 1663. Montholon nous en a conservé un prononcé en robes rouges au parlement de Paris, à pâques 1581. Et Bardet nous en offre cinq de la même cour, en date des 30 juillet 1624, 18 juillet 1634, 22 février et 8 mai 1638, et 13 mars 1639. Nous avons sous les yeux un manuscrit qui nous en retrace deux semblables, rendus à la cour souveraine de Mons, les 17 avril 1682 et 31 mars 1683. — Cette doctrine était à la fois trop sage et trop juridique pour n'être pas confirmée par l'ordonnance de 1735; aussi l'art. 78 de cette loi porte-t-il que « toutes les dispositions de la présente ordonnance, soit sur la forme ou sur la forme des testamens, codicilles, ou autres actes de dernière volonté, seront exécutées, encore que lesdites dispositions, de quelque espèce qu'elles soient, eussent la cause pie pour objet ».

§. II. *Quels sont les vices de forme ou de rédaction qui peuvent annuller un Legs consigné dans un acte valable?*

I. Les Legs n'exigent aucune forme particulière; dès que l'acte qui les renferme, est valable, et qu'ils portent l'empreinte évidente de la volonté du défunt, ils doivent recevoir leur exécution sans aucune difficulté.

Mais il arrive quelquefois que le testateur les rédige d'une certaine manière qui peut en empêcher l'effet et les rendre nuls.

II. Les Legs conçus dans une forme captatoire, sont proscrits par les lois. *Captatoriæ scripturæ simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent.* (Loi 64, D. *de legatis* 1°.)

Il en est de même des Legs que le testateur commet à la pure volonté d'autrui. *V. Institution d'héritier*, sect. 4, n. 3.

III. On doit encore regarder comme nuls les Legs qui ne désignent les personnes auxquelles ils sont laissés, que par des notes d'infamie ou des marques injurieuses. *Turpia legata quæ denotandi*

Source : BIU Cujas

magis legatarii gratiâ scribuntur, odio scribentis, pro non scriptis habentur. (Loi 54, D. *de legatis* 1°.) L'article *Institution d'héritier*, sect. 4, contient là-dessus des développemens qui s'appliquent ici d'eux-mêmes.

IV. Doit-on pareillement annuller les Legs qui sont accompagnés d'une fausse démonstration des personnes qu'ils gratifient ?

La négative est établie par le §. 30, Inst. *de Legatis ;* par la loi 17, la loi 33, et la loi 40, §. 4, D. *de conditionibus et demonstrationibus ;* par la loi 75, §. 1, D. *de legatis* 1°; par la loi 76, §. 3, D. *de legatis* 2°; par la loi 25, D. *de liberatione legatâ ;* et par la loi 2, C. *de falsâ causâ adjectâ legato.* — Ainsi, lorsqu'un testateur dit: « Je legue telle chose à Mévius, fils de Titius », la disposition ne laisse pas d'être valable, quoique Titius ne soit pas le père de Mévius; et telle est la décision expresse de la loi 48, §. 3, D. *de heredibus instituendis.* — Par la même raison, si le testateur a qualifié le légataire, de son frère ou de son parent, la fausseté de cette qualification n'empêche pas que le Legs n'ait tout son effet. C'est ce que nous apprennent la loi 33, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, et la loi 58, §. 1, D. *de heredibus instituendis.*

Les arrêts ont toujours été conformes à ce principe. — Il y en a un dans le Journal des audiences, du 21 février 1628, qui fait delivrance à Françoise Guyet, mariée depuis six ans, d'un Legs que le sieur Fouquet lui avait fait en ces termes : « Je donne et lègue à Charlotte et Marie-Françoise Guyet, *filles à marier* de ma très *chère sœur* ». — « La dame de Blanque, dit Basnage, fit un Legs par son testament en ces termes : *Je donne tous mes meubles à mademoiselle de Bellefosse, à qui je crois qu'ils appartiennent par la coutume, et suivant qu'il est permis d'en disposer.....* Cette demoiselle ne s'étant pas trouvée la plus proche et la plus habile à succéder, l'héritier lui contesta ce Legs, alléguant que la testatrice ne le lui avait fait que dans la pensée qu'elle lui pouvait succéder aux meubles, suivant la coutume. Le juge avait adjugé la délivrance du Legs à la demoiselle de Bellefosse.... Par arrêt du parlement de Rouen, du 15 mai 1543, on mit sur l'appel hors de cour ». — Le dictionnaire de Brillon nous en fournit un autre du parlement de Paris, du 24 mars 1681, qui a jugé que des légataires universels à qui le testateur avait faussement attribué la qualité de ses plus proches parens paternels, devaient jouir de leur Legs, quoique le défunt eût laissé d'autres parens plus proches qu'eux.

La fausse démonstration pourrait cependant emporter la nullité du Legs, si elle avait sa source dans une erreur du testateur, et s'il existait de fortes raisons de croire que celui-ci aurait disposé autrement dans le cas où il eût été mieux instruit. Par exemple, que Titius, dans la fausse opinion que Mévius est son fils, lui fasse un Legs conçu en cette forme : *Je donne et lègue telle chose à Mévius mon cher fils ;* il est certain que le légataire ne pourra rien prétendre, parceque le testateur n'a été porté à disposer en sa faveur, que par la persuasion que c'était son fils, et que cette qualité n'existe pas. C'est la décision expresse de la loi 5, C. *de testamentis* (1), et de la loi 4, C. *de heredibus instituendis* (2). La loi 7 de ce dernier titre dispose de même par rapport à celui qui a institué comme son frère une personne qui ne l'était point (3); et, ce qu'il y a de remarquable, elle prouve que l'erreur de droit vicie, aussi bien que la simple erreur de fait, le Legs dans lequel elle a causé une fausse démonstration de personne.

Pour concilier ces textes avec ceux qu'on a précédemment cités, il faut, dit Voët, distinguer le cas où le testateur a appelé son fils ou son frère, un légataire qu'il savait bien n'être point tel, et qu'il aimait néanmoins comme s'il l'eût été réellement, d'avec celui où, trompé par de fausses apparences, il a regardé et gratifié comme son fils ou son frère, une personne qui n'avait point cette qualité, et qu'il aurait passée sous silence, s'il avait su qu'elle lui était étrangère. C'est au premier cas qu'il faut appliquer les lois 58, §. 1, D. *de heredibus instituendis* (4), et 33, D. *de conditionibus et demonstrationibus ;* et c'est au second que s'adaptent les lois 5, C. *de testamentis*, 4 et 7, C. *de heredibus instituendis.*

V. La fausse démonstration des choses léguées anéantit-elle le Legs ?

On répond communément que non ; mais cela n'est pas toujours vrai. Pour mettre cette matière dans tout son jour, il faut la considérer sous plusieurs faces.

La fausse démonstration peut être apposée au corps même de la chose léguée ; elle peut l'être aussi à une autre chose sur laquelle le testateur a ordonné de prendre le Legs.

Dans la première hypothèse, la démonstration est ou nécessaire ou surabondante. Elle est nécessaire, lorsqu'elle constitue le Legs, et que sans elle

---

(1) *Neque professio, neque asseveratio nuncupantium filios qui non sunt, veritati præjudicat : et quæ ut filiis testamento relinquuntur, juxta ea quæ à principibus statuta sunt, non deberi, certi juris est.*

(2) *Si pater tuus quasi filium suum heredem instituit, quem falsâ opinione ductus suum esse credebat, non instituturus si alienum esse nosset, isque postea subditus esse ostensus est, auferendam ei successionem divorum Severi et Antonini placitis continetur.*

(3) *Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere potest. Cùm igitur quod patrem tuum voluisse facere dicis irritum sit, portionem hereditatis quam is adversus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi præses provinciæ curæ habebit.*

(4) Les termes de cette loi justifient clairement l'exactitude de cette application : *Qui frater non est, si fraternâ caritate diligitur, rectè cum nomine suo sub appellatione fratris heres instituitur.*

Source : BIU Cujas

on ne trouve rien de légué. Elle est surabondante, lorsque détachée de la disposition du testateur, elle ne laisse point ignorer ce qu'il a voulu dire.

Si la démonstration est nécessaire, sa fausseté vicie le Legs. C'est ce que prouvent les textes les plus précis. — « Si je lègue ce que Titius me doit, sans ajouter la quantité, et que Titius ne me doive rien, la disposition est nulle, parcequ'on ne peut pas savoir ce qu'elle comprend. De même, si je lègue à Titius ce que je lui dois, et que je ne détermine pas la somme, il est certain que le Legs sera encore nul ». Ce sont les termes de la loi 75, §. 1, D. *de legatis* 1°. — « Si un mari lègue simplement à sa femme la dot qu'il a reçue d'elle, et qu'elle ne lui ait rien donné à ce titre, la disposition n'est d'aucun effet, suivant un rescrit des empereurs Sévère et Antonin ». Ainsi s'exprime Justinien, §. 15, *de legatis*, aux Institutes; et c'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Toulouse du mois de décembre 1588, rapporté par Cambolas. — « Si la femme a promis une dot sans la payer, et que son mari lui lègue la dot qu'il a reçue d'elle, il ne lui reviendra d'autre avantage de ce Legs, que la libération de ce qu'elle devait. Car le Legs d'une somme qui se trouve dans telle armoire, ou qu'on a déposée entre les mains d'un tel, est absolument nul, s'il n'y a rien, soit dans l'armoire indiquée, soit entre les mains du dépositaire désigné par le testateur, parceque les corps légués n'existent pas ». C'est la disposition textuelle de la loi 1, §. 7, D. *de dote prælegatâ*. — « La raison en est (dit Furgole), que le Legs, quoique d'une somme certaine, est néanmoins considéré comme le Legs d'un corps circonscrit dans un lieu, suivant la loi 34, §. 4; la loi 51, et la loi 108, §. 8, D. *de legatis* 1°; et que le corps légué n'est pas *in rerum naturâ*; que de plus les mots, *que j'ai dans mon coffre*, ou *qui ont été déposés*, forment, non une démonstration accessoire, mais une condition par le relatif *qui* ou *que*, suivant la loi 6, D. *de legatis* 1° ».

Lorsque la démonstration est surabondante, le Legs doit avoir le même effet que si elle n'y avait point été ajoutée. C'est une conséquence de la règle *utile non vitiatur per inutile*, et elle est établie sur une foule de lois. En voici quelques unes des plus remarquables. — « Si un testateur fait une fausse démonstration, en s'exprimant de cette manière : *Je lègue Stichus, esclave que j'ai acheté de Titius. Je lègue mon champ de Tusculum qui m'a été donné par Seius* : dès que l'on connaît l'esclave ou le fonds dont il a entendu parler, peu importe qu'il ait acheté ce qu'il a dit lui avoir été donné, ou qu'on lui ait donné ce qu'il a dit avoir acheté ». (Loi 17, D. *de conditionibus et demonstrationibus*). — « Par la même raison, si un esclave est légué avec la qualité de cuisinier ou de cordonnier, et qu'il ne soit ni l'un ni l'autre, le légataire n'en sera pas moins fondé à le demander, pourvu qu'on ne prouve pas que le testateur en a voulu léguer un autre ». (§. 1 de la même loi.) — « Un mari qui n'avait reçu de sa femme aucun fonds dotal, lui fit un Legs en ces termes : *J'ordonne à mon héritier de donner à ma femme le champ Cornélien qu'elle s'est constitué en dot.* Labéon, Ofilius et Trébatius ont répondu que le Legs était valable, parceque le fonds qui en était l'objet, avait une existence réelle, et que la fausse démonstration ne porte aucune atteinte aux dispositions valables ». (Loi 40, §. 4 du même titre.)

VI. Il n'est pas toujours facile de distinguer la démonstration surabondante d'avec la démonstration nécessaire.

Par exemple, lorsqu'un testateur dit : « Je lègue à Mévius la somme de cent écus qui m'est due par Sempronius » ; il semblerait que la fausseté de la démonstration ne dût pas annuller le Legs, puisqu'en retranchant de la disposition les mots, *qui m'est due par Sempronius*, il reste toujours ceux-ci, *je lègue à Mévius la somme de cent écus*, qui forment un sens complet. Le contraire est cependant décidé par la loi 75, §. 2, D. *de legatis* 1°, par la raison que la somme est léguée comme un corps certain ou une espèce déterminée, et que le testateur ne la donne pas *in abstracto*, mais seulement comme une action qu'il pouvait avoir sur le débiteur indiqué; ce qui anéantit le Legs, dès qu'il n'y a point de débiteur.

Voici néanmoins un arrêt qui, dans un cas particulier, a jugé le contraire. — La dame Hardy avait fait, par son testament, une disposition conçue en ces termes : « et à l'égard de mes rentes héritières, après la réserve faite ci-dessus de celles sur les états de cette ville (de Tournai), j'en donne une à demoiselle Eléonore Cazier, ma cousine, portant onze cents florins en capital, due par le sieur Noël Dupré ». — Noël Dupré devait à la dame Hardy quatre rentes, la première de 3000 florins en capital, la seconde de 1500, la troisième de 1200, la quatrième de 1050. Elle avait légué toutes ces rentes à différens particuliers, et il ne s'en trouvait point d'autre due par Noël Dupré. — Sur la demande en délivrance intentée par la demoiselle Cazier contre les exécuteurs testamentaires, ceux-ci opposaient, entre autres textes, la loi que nous venons d'analyser, et toutes celles qui portent que le Legs d'une chose qui n'existe point, ne produit aucune action au légataire. — On disait au contraire pour la demoiselle Cazier, que son Legs était certain ; qu'il consistait en une rente de onze cents florins ; que ce qui était ajouté, *due par le sieur Dupré*, ne formait qu'une démonstration accessoire et surabondante. On faisait aussi valoir sa parenté avec la testatrice, les services qu'elle lui avait rendus, la compagnie fidèle et pénible qu'elle lui avait tenue jusqu'à la mort ; on ajoutait, que la défunte avait laissé des Legs à la plupart de ses parens, et qu'on ne devait pas croire qu'elle eût voulu jouer la demoiselle Cazier par un Legs inutile. — « Ces considérations (dit Pollet), ont fait la décision du procès.... Eléonore Cazier avait obtenu une sentence du magistrat de Tournai,

Source : BIU Cujas

par laquelle les exécuteurs du testament avaient été condamnés à lui constituer une rente de onze cents florins en principal, s'ils n'aimaient mieux lui payer cette somme. Les exécuteurs en avaient appelé au parlement de Flandre..... Comme ils ne convenaient pas qu'après que tous les autres Legs auraient été fournis, il resterait un fonds suffisant pour celui de l'intimée, la cour a pris l'expédient de mettre les parties hors de cour sur l'appel, avec cette modification, que le Legs serait pris sur le surplus des biens laissés par la testatrice, dont elle n'avait pas spécialement disposé. L'arrêt est du 16 mai 1709 ».

VII. Ce que la loi 75, §. 2, D. *de legatis* 1°, décide par rapport au Legs d'une somme que le testateur dit faussement lui être due par un tiers, peut-on l'appliquer au Legs d'une somme que le testateur déclare devoir au légataire, et que cependant il ne lui doit pas? — Ces deux cas paraissent assez analogues : cependant le premier Legs est régulièrement nul, comme on l'a vu; et le second au contraire est valable; c'est ce que portent la loi qu'on vient de citer, la loi 93, §. 1, D. *de legatis* 3°, la loi 25, D. *de liberatione legatâ* : et cela est fondé, dit Furgole, sur ce que « les mots *que je dois*, ne forment qu'une démonstration qui ne vicie pas le Legs, et non une condition; et que d'ailleurs on ne peut pas dire dans ce cas qu'il n'y a point de débiteur, puisque le testateur se le déclare lui-même; qu'ainsi, si la déclaration ne vaut pas comme dette, à cause qu'il n'en conste pas autrement, elle doit valoir comme Legs ».

VIII. *Je lègue à Titius dix écus qu'il me doit.* Titius ne me doit rien; la disposition peut-elle avoir quelque effet? — Cujas, Doneau (*Donellus*), et Vinnius répondent que non : ils se fondent sur la loi 25, D. *de liberatione legatâ*. — Le président Favre soutient au contraire que le Legs est valable; et, ce qu'il y a d'étonnant, c'est sur le même texte qu'il s'appuie. — Nous ferons dans un instant l'analyse de cette fameuse loi: en attendant, disons toujours avec Furgole, que l'opinion de Favre, « qui paraît d'abord spécieuse, n'est pourtant pas conforme aux principes généraux : car, quoiqu'il semble qu'on ne peut pas douter que les mots *qu'il me doit*, ne fassent une démonstration tout comme les mots *que je dois*, dont la fausseté ne vicie point le Legs, néanmoins il y a une différence considérable d'un cas à l'autre, à cause que quand le testateur lègue cent écus que le légataire lui doit, il y a un débiteur, sinon à titre de créance, du moins à titre de Legs, suivant la loi 93, §. 1, *de legatis* 3°; et que de plus, lorsque le testateur lègue une somme due par le légataire, son intention est de ne léguer que la libération ».

IX. *Je lègue à Titius dix écus que je dois à Sempronius.* On vérifie après ma mort que je ne dois rien à Sempronius : Titius pourra-t-il exiger les dix écus que je lui ai légués? — Non, répond Vinnius, parcequ'un débiteur ne peut léguer sa dette qu'à son créancier, et que par conséquent, lorsqu'elle se trouve léguée à un tiers, son défaut d'existence doit rendre le Legs nul. — Cette opinion est rejetée par Doneau et Furgole. — « On ne peut pas présumer (dit celui-ci), que l'intention du testateur ait été de léguer une action, puisqu'il ne lui était rien dû; on ne peut pas dire non plus qu'il ait voulu léguer la libération, vu qu'il se déclare débiteur et non créancier : il ne reste donc dans le Legs, en retranchant les paroles, *que je dois à Sempronius*, qui forment la démonstration, que la somme de dix écus *in abstracto*, qui peut être prise sur le patrimoine du testateur.... La somme n'est pas léguée comme un corps circonscrit dans un certain lieu. Enfin, il y a un débiteur, savoir le testateur, qui se déclare tel; et quoique la démonstration paraisse fausse, lorsqu'il n'est pas prouvé autrement que le testateur fût débiteur de Sempronius, cela n'empêche pas la validité du Legs ».

X. Lorsque la démonstration n'est point apposée au Legs même, mais à une chose sur laquelle le testateur a ordonné que le paiement en serait fait, sa fausseté n'empêche pas que la disposition ne soit valable. C'est la décision expresse de plusieurs lois. — Ecoutons la 98e, D. *de legatis* 1°. « Un testateur s'est exprimé ainsi: *Je veux qu'il soit fourni à Pamphila quatre cents écus, savoir, tant sur ce que me doit Julius Auctor, tant sur ce que j'ai de bon à l'armée, et tant sur les deniers que j'ai en espèces.* Il est décédé plusieurs années après, sans avoir révoqué cette disposition; mais ayant appliqué à d'autres usages les sommes qu'il avait assignées pour en faire le paiement, on demande si Legs est dû? Il faut répondre que le défunt est censé avoir voulu indiquer à ses héritiers un moyen facile et commode d'acquitter les quatre cents écus, et non imposer une condition à une libéralité qu'il avait d'abord faite purement et simplement; qu'ainsi Pamphila est fondée à demander son Legs », — La loi 27, §. 2, D. *de legatis* 3°, n'est pas moins remarquable : « Julien Sévère est décédé après avoir institué quelques héritiers, et légué à son élève une somme de cinquante écus dont il a ordonné à Julius Maurus, son fermier, de faire le paiement sur les fermages dont il était redevable. Le fisc s'est emparé de la succession, et Maurus a été condamné à vider ses mains dans le trésor impérial. Dans la suite, les héritiers institués ont réclamé contre cette invasion, et se sont fait rendre l'hérédité : l'élève légataire étant mort dans cet intervalle, son héritier s'est pourvu contre Maurus en paiement de son Legs; mais l'empereur a décidé que le fermier n'avait été nommé dans le testament que par forme de démonstration de la chose sur laquelle le paiement du Legs devait être fait, et que conséquemment c'était à l'héritier du testateur à fournir les cinquante écus légués ».

XI. Il est aisé maintenant d'entendre les diverses opinions que l'on propose sur la fameuse loi 25, D. *de liberatione legatâ*; commençons par la traduire

Source : BIU Cujas

littéralement : — « On a fait au jurisconsulte Paul la question suivante : J'ai légué à Titius ce qui m'est dû, soit en spécifiant la quantité ou l'espèce, soit en ne la spécifiant pas; ou bien j'ai légué à Titius, soit ce que je lui devais, sans rien ajouter, soit les cent écus dont je lui étais redevable. Faut-il, dans toutes ces espèces, examiner s'il y a une véritable dette? Donnez-moi, je vous prie, un certain détail de tous les principes relatifs à cette matière, car elle présente des difficultés qui renaissent tous les jours.—Le jurisconsulte Paul a répondu : — Si celui dont Titius était débiteur, a voulu lui faire remise de sa créance, peu importe qu'il ait ordonné à son héritier de le libérer, ou seulement de ne pas le poursuivre. Dans un cas comme dans l'autre, il faut toujours que le débiteur obtienne sa décharge, et il a une action pour se la faire donner. Si le testateur a fait mention de la somme ou de l'espèce qu'il a dit lui être due, comme cent écus ou un champ, et que la dette existe, le débiteur acquiert sa libération par ce Legs. Que si la dette n'existe pas, on pourra dire que la démonstration de la chose léguée étant fausse, le Legs doit être valable et exigible; on pourra le dire en effet d'un Legs ainsi conçu : *Je défends à mon héritier de demander à un tel les cent écus ou l'esclave Stichus qu'il me doit.* Mais si le testateur disait : *J'ordonne à mon héritier de donner à Titius les cent écus que celui-ci me doit*, on pourrait hasarder de soutenir que Titius serait fondé à demander les cent écus, en vertu de la maxime établie par rapport aux fausses démonstrations. Mais je ne puis souscrire à cette prétention, parceque le testateur a fait assez entendre qu'il ne se servait du mot *donner* que par relation à la dette. Si au contraire un débiteur a légué à son créancier ce qu'il lui devait, et n'a point désigné la somme ou l'espèce, je ne vois pas de quelle utilité peut être une telle disposition. Mais si le testateur spécifie la dette qu'il reconnaît, le Legs ne peut procurer aucun avantage au créancier, à moins qu'il n'augmente la créance, comme il arrive par rapport à certaines espèces. S'il lègue cent écus qu'il déclare devoir, et qu'il les doive réellement, le Legs est inutile : mais s'il ne les doit pas, le Legs est bon; car une somme déterminée d'argent ressemble parfaitement à un esclave dont la fausse démonstration ne vicie pas le Legs qui en est fait. C'est ce que l'empereur a décidé par un rescrit, dans un cas où il s'agissait de deniers qui avaient été légués avec la fausse qualité de dotaux ».

Cette loi a embarrassé les plus savans jurisconsultes. Cujas, Favre, Voët, Furgole l'ont expliquée de quatre manières différentes. Tâchons de profiter de leurs critiques respectives : ce sera peut-être un moyen d'apprécier et de réduire à sa juste valeur, ce texte devenu trop célèbre.

Il est d'abord à remarquer qu'il porte sur deux cas généraux qui contiennent plusieurs espèces particulières, et qui par conséquent exigent plusieurs réponses séparées. — L'un de ces cas est celui du testateur qui lègue ce que le légataire lui doit. — L'autre, celui du testateur qui lègue ce qu'il doit au légataire. — Le jurisconsulte Paul répond par ordre à toutes les difficultés qui se rencontrent dans chacune de ces deux hypothèses; et, commençant par la première, il en décide trois espèces. — Il en prend ensuite une quatrième dont il propose les raisons de douter et de décider. — Enfin il résout la seconde hypothèse.

Première espèce du premier cas. Si le testateur a voulu léguer la libération à un vrai débiteur, il importe peu de quelle manière il s'est expliqué; il faut toujours que le légataire soit libéré.

Seconde espèce du premier cas. Si le testateur a légué une somme fixe ou un corps certain à une personne envers laquelle il a déclaré en être redevable, la fausse déclaration ne vicie pas le Legs, et le légataire peut demander la somme ou le corps légué. Voilà le sens que présentent naturellement les termes de Paul.—Mais cette décision est sujette à bien des difficultés : le moyen en effet de la concilier avec la loi 75, §. 2, D. *de legatis* 1°? « Si un testateur (dit Ulpien dans ce texte), s'exprime de cette manière : *Je lègue les dix écus que me doit Titius*, le Legs sera indubitablement nul; car il y a une grande différence entre la fausse démonstration et la fausse condition ou cause. Par la même raison, si je lègue à Titius les dix écus que Seïus me doit, le Legs sera encore nul; car une telle disposition suppose un débiteur; *esse enim debitor debet* ».

Le président Favre, pour concilier cette loi avec celle que nous examinons, dit que, dans cette espèce, *je lègue les dix écus que me doit Titius*, il faut supposer le Legs fait à un autre que Titius même. — Mais cette conjecture n'est point heureuse, elle est même détruite par l'espèce qui suit : *Je lègue à Titius les dix écus que me doit Seïus.* On ne peut certainement pas de meilleure preuve que la loi 75, §. 2, D. *de legatis* 1°, parle tout à la fois et d'un Legs fait à celui que le testateur a dit être son débiteur, et d'un Legs fait à un tiers de ce que le testateur a déclaré lui être dû par telle personne. Le premier de ces Legs est annullé comme le second; il existe donc une vraie antinomie entre la décision d'Ulpien et celle de Paul.

Voët conjecture que le texte de la loi 25, D. *de liberatione legatâ*, est altéré, et il croit y voir une résolution négative, au lieu d'une réponse affirmative; en sorte que, suivant lui, il faudrait lire : « Si la dette n'existe pas, on ne pourra pas dire que le Legs soit valable et exigible, comme s'il ne s'y trouvait qu'une démonstration fausse ». —Mais cette correction n'a aucun fondement plausible; et le sens qu'elle forme, est, comme on le verra tout à l'heure, trop discordant avec la phrase suivante, pour qu'il soit possible de l'admettre.

Furgole prétend que le Legs dont parle Ulpien, diffère de celui dont il est question dans la loi de Paul, en ce que dans l'un, la fausse démonstration

Source : BIU Cujas

tombe sur la chose même qui est léguée, au lieu que dans l'autre, elle n'est apposée qu'à la chose sur laquelle le testateur a ordonné de prendre de quoi acquitter sa libéralité ; c'est-à-dire que la décision d'Ulpien roule sur un Legs ainsi conçu : *Je lègue à Titius les dix écus qu'il me doit ;* au lieu que celle de Paul a pour objet une disposition écrite en ces termes : *Je lègue à Titius une somme de dix écus à prendre sur celle qu'il me doit.* — Mais ceci est encore détruit par le texte même de Paul. On demande à ce jurisconsulte ce qu'il faut penser d'un Legs exprimé de cette sorte : *Legavi..... Titio centum quæ ei debeo.* C'est sur cette espèce que Paul répond, et assurément elle ne diffère en rien de l'espèce décidée par Ulpien.

Cujas propose une autre conciliation. Suivant lui, le passage que nous discutons ici, ne forme point une décision ; ce n'est qu'une raison de douter ; les mots *poterit dici* le font assez voir, et le jurisconsulte Paul ne parle définitivement qu'un peu plus bas, aux mots, *quod mihi nequaquam placet, cùm dandi verbum ad debitum referre se debitor existimaverit* (« je ne puis souscrire à cette prétention, parceque le testateur ne s'est servi du mot *donner*, que par relation à la dette »). — Mais ces paroles se rapportent uniquement à l'espèce d'un Legs ainsi conçu : *J'ordonne à mon héritier de donner à Titius les cent écus qu'il me doit* ; il suffit de lire la loi d'un seul contexte, pour s'en convaincre.

Quel parti prendre dans ce conflit d'opinions et de conjectures hasardées? Le plus sage serait peut-être de n'en prendre aucun, et de décider la question comme si cette loi n'existait pas. En effet, on ne peut se cacher que le texte en est altéré. Il est vrai que le passage dont il s'agit, paraît former une décision complète : mais comment s'assurer si cette décision que le jurisconsulte n'avance qu'en tremblant, *poterit dici*, n'a point été modifiée par quelques termes de la même loi qui nous manquent? — Et qu'on ne traite pas cette lacune de chimère, elle est prouvée bien clairement par cette autre partie de la même loi : *Sed poterit hoc dici, si ita legavit, centum aureos quos mihi debet..... heres meus damnas esto non petere.* Si ces paroles devaient être placées, comme elles le sont, immédiatement après la prétendue décision dont il s'agit, il en résulterait qu'il faudrait accorder une action au légataire qui ne devrait rien, quoique le testateur, au lieu de lui léguer directement une somme qu'il eût déclaré lui être due, n'eût fait que défendre à son héritier de lui en demander le paiement : chose absurde et insoutenable, de l'avis unanime de tous les auteurs. — Il faut donc nécessairement supposer qu'il existe une lacune entre ces deux parties de la loi ; et dès-lors, il n'est plus possible d'en tirer aucun argument : *Incivile est nisi totâ lege perspectâ, unâ aliquâ particulâ ejus proposità, judicare vel respondere*, dit la loi 23, D. *de legibus.*

Cela posé, notre question ne peut se resoudre que par la loi 75, §. 2, *de legatis* 1°, qui déclare évidemment nul le Legs d'une chose que le légataire est déclaré devoir, et qu'il ne doit pas.

Troisième espèce du premier cas. Quoique le texte de Paul soit tronqué dans cette partie, on ne peut pourtant pas douter que ce jurisconsulte ne se soit déterminé pour la nullité d'un Legs conçu en cette forme : « Je défends à mon héritier de demander à Titius le paiement des cent écus qu'il me doit ». Il ne s'agit dans cette espèce que d'un Legs de simple libération ; ainsi, le légataire ne devant rien, le Legs est sans objet.

Quatrième espèce du premier cas. « J'ordonne à mon héritier de donner à Titius les cent écus qu'il me doit ». — Ces paroles annoncent clairement que le testateur n'a entendu léguer que la dette dont il supposait faussement l'existence : *cùm verbum dandi ad debitum referre se debitor existimaverit ;* ainsi, le Legs ne peut être d'aucun effet.

Second cas. Enfin le jurisconsulte Paul décide, par une distinction, l'hypothèse du testateur qui lègue une somme certaine ou une espèce déterminée, qu'il dit devoir au légataire : ou il est véritablement débiteur, et alors le Legs est inutile et superflu (*V.* cependant ci-après, sect. 3, §. 2, n. 5) ; ou il ne doit rien, et alors le Legs doit avoir son exécution.

XII. Nous avons dit que la démonstration accessoire ne vicie jamais les Legs ; mais cela n'est vrai qu'autant qu'elle n'est pas conçue en termes propres à former une condition. — Ainsi, quoique ce Legs, *Je laisse à Titius ma maison qui m'a été vendue par un tel*, soit valable, malgré la fausseté de l'indication de la vente mentionnée dans le testament, il n'en est pas de même de celui-ci : *Je laisse à Titius ma maison, si elle m'a été vendue par un tel.* Dans cette dernière espèce, la démonstration dégénère en condition ; et comme régulièrement le défaut de la condition emporte la nullité du Legs, il est clair que la disposition dont il s'agit, ne peut être d'aucun effet.

Cette résolution doit même avoir lieu, quoique la démonstration soit faite par des paroles qui, de leur nature, ne forment pas une condition, mais auxquelles les lois attribuent en certains cas l'effet de rendre conditionnelles les dispositions qu'elles expriment. Par exemple, *Je lègue à Titius l'esclave Stichus qui m'appartiendra à ma mort.* Si cet esclave ne se trouve plus dans mon patrimoine lorsque je cesserai d'exister, le Legs sera nul, parceque mon intention paraît être de faire une condition de ces mots, *qui m'appartiendra à ma mort.* C'est ce que décide la loi 6, D. *de legatis* 1°.

XIII. Il y a encore bien des choses à dire sur la matière des démonstrations ; mais elles seront mieux placées dans le détail que nous donnerons ci-après, sect. 4, §. 3, des règles propres à l'exacte interprétation des Legs particuliers.

Source : BIU Cujas

XIV. La fausseté des causes ajoutées aux Legs, en produit-elle la nullité? — La règle générale est pour la négative. *Je lègue telle chose à Mévius, parcequ'il a fait mes affaires* : ce Legs ne laisse pas d'être bon, quoique Mévius n'ait point fait les affaires du testateur. C'est ce que décident le §. 31, *de legatis*, aux Institutes; la loi 3, C. *de falsâ causâ*; la loi 17, §. 2, D. *de conditionibus et demonstrationibus*.

Si cependant la cause était énoncée en termes conditionnels, sa fausseté rendrait le Legs nul. Lors donc que *je lègue à Titius un tel fonds, s'il a fait mes affaires*, ma disposition ne pourra avoir d'effet qu'autant que Titius aura réellement rendu es services que je mets en condition. Le §. 31, *de legatis*, aux institutes, et la loi 17, §. 3, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, établissent clairement cette exception.

La fausseté de la cause annulle encore le Legs, lorsqu'il est prouvé que le testateur n'eût pas disposé s'il en eût été instruit. La loi 72, §. 6 du titre que nous venons de citer, le décide de la sorte: *Plerumque*, dit-elle, *doli exceptio locum habebit, si probetur aliàs legaturus non fuisse.*

Les interprètes appellent *impulsive* la cause dont la fausseté ne vicie pas le Legs, et *finale*, celle qui en opère la nullité.

Lorsque la cause finale est fausse, on ne distingue pas si elle consiste dans une erreur de fait ou dans une erreur de droit. D'Olive rapporte un arrêt du parlement de Toulouse du 5 avril 1630, qui a déclaré nul un Legs uniquement fondé sur l'ignorance du testateur relativement à un point de droit.

La loi dernière, D. *de heredibus instituendis*, nous fournit un exemple fameux de l'effet qu'a la cause finale de vicier les dispositions auxquelles elle est ajoutée par erreur. L'espèce en est rapportée ci-devant, §. 1, n. 1.

Mais comment peut-on discerner les cas où la cause est finale, d'avec ceux où elle n'est qu'impulsive? Il serait assez difficile de donner là-dessus des règles certaines; ce sont les circonstances qui doivent seules décider. Tout ce qu'on peut dire de plus général, c'est que, dans le doute, la cause est plutôt réputée impulsive que finale, puisque c'est à celui qui la prétend finale, à le prouver. On se rappelle que c'est la disposition expresse d'une loi que nous venons de citer.

Menochius et quelques autres auteurs regardent comme finale toute cause qui est exprimée dans le testament. — Mais cette opinion est visiblement fausse; les lois indiquées ci-devant confirment clairement des dispositions auxquelles sont ajoutées des causes fausses, *quia*, disent-elles, *ratio legandi legato non cohæret.*

Barthole et d'autres donnent dans l'extrémité opposée: il faut, suivant eux, qu'une cause soit énoncée dans le testament, pour être réputée finale; et on ne doit regarder comme impulsives, que celles dont le testateur n'a point fait une mention formelle. Ils se fondent sur la loi 27, §. 4, D. *de inofficioso testamento*, qui permet au fils d'agir en plainte d'inofficiosité contre le testament par lequel sa mère a institué un étranger, dans la fausse persuasion qu'il était mort; ce qui, disent-ils, n'aurait point lieu, si le testament était nul de plein droit. — « Mais (dit Furgole) cette restriction est mal fondée, et il faut dire que l'erreur et la fausse opinion peuvent être prouvées autrement, et que, de quelque manière qu'elles soient justifiées, elles doivent opérer leur effet, puisque la loi 72, §. 6, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, décide qu'il suffit de prouver que le testateur aurait disposé autrement, s'il n'avait pas été dans l'erreur, *si probetur aliàs legaturus non fuisse*; ce qui embrasse généralement tout genre de preuve. La loi 27, §. 4, D. *de inofficioso*, ne conclut rien pour l'opinion de Barthole; elle décide seulement que quand la mère a disposé en faveur d'un tiers, dans l'opinion que son fils était mort, ce fils peut intenter la plainte d'inofficiosité; ce qui n'exclut pas le moyen qui résulte de l'erreur; et dans le cas de la loi 28 du même titre, ce testament ne contenait aucune preuve de l'erreur; cependant l'hérédité fut adjugée au fils ».

Section III. *Quelles choses peut-on léguer?*

Toutes les choses dont la disposition testamentaire n'est point interdite par la loi, peuvent faire la matière d'un Legs.

Pour donner à cette règle tout le développement dont elle a besoin, il faut l'examiner, 1° par rapport aux choses qui appartiennent au testateur; 2° par rapport à celles qui appartiennent au légataire; 3° par rapport à celles qui appartiennent à des tiers; 4° par rapport à celles qui ne se trouvent ni dans le patrimoine du testateur, ni dans celui d'une autre personne désignée; 5° par rapport à celles qui consistent en purs faits.

§. I. *Un testateur peut-il léguer indistinctement toutes les choses qui lui appartiennent?*

I. Dans l'ancien droit, un testateur était un roi qui disposait souverainement de tout ce qu'il possédait. La loi falcidie a mis des bornes à cette autorité excessive; et d'après ses dispositions, qui forment le dernier état de la jurisprudence romaine sur cette matière, il n'a plus été permis à chaque particulier de léguer plus des trois quarts de ses biens. *V. Quarte falcidie.*

Cette loi est encore observée dans les provinces dont le droit écrit forme le code municipal; elle ne s'est pas maintenue dans nos pays coutumiers, mais il y a été suppléé par des défenses expresses, soit de tester absolument, soit de disposer au-delà de certaines quotités de plusieurs espèces de biens. *V. Réserves coutumières.*

[[La falcidie et les réserves coutumières ont été

Source : BIU Cujas

abolies dans toute la France par la loi du 17 nivose an 2 ; et l'abolition en est maintenue par le Code Napoléon. *V. Donation*, *Portion disponible* et *Réserve*.]]

II. Il ne faut pourtant pas croire qu'un testateur puisse léguer tout ce qui n'est pas sujet à la falcidie dans les provinces de droit écrit, et aux réserves dans les pays coutumiers, [[aujourd'hui à la *réserve* établie par le Code Napoléon.]]

III. La règle la plus générale qu'on puisse donner là-dessus, est que toutes les choses qui sont hors du commerce, ne peuvent pas être leguées par ceux à qui elles appartiennent.

Ainsi, quoique, dans le droit romain, les particuliers conservent jusqu'à un certain point la propriété des terrains qu'ils ont consacres à la sépulture de leurs familles, ils ne peuvent cependant pas en disposer par testament, parcequ'ils les ont tirés pour toujours du commerce par l'usage qu'ils en ont fait; mais ils peuvent léguer à des étrangers la faculté de se faire ensevelir dans ces endroits, parceque cette faculté peut être l'objet d'un contrat onéreux : ces deux points sont ainsi réglés par la loi 14, *de legatis*, au Code : *Monumenta quidem legari non posse manifestum est : jus autem mortuum inferendi, legare nemo prohibetur.*

Les droits honorifiques dans les églises sont généralement regardés comme des objets hors du commerce, et par conséquent comme intransmissibles par la voie du Legs. Cependant le droit canonique a mis en principe, que le droit de patronage peut être cédé gratuitement à un corps ou établissement ecclésiastique, et même à des séculiers. C'est ce que nous apprennent la décrétale 14, *de jure patronatûs*, dans la collection de Grégoire IX, et la décrétale 1 du même titre, dans le sexte de Boniface VIII.

[[Il n'y a plus ni droit de patronage ni droits honorifiques patrimoniaux.]]

IV. La loi des douze tables avait défendu de tirer d'un bâtiment les matériaux d'autrui que le propriétaire du fonds aurait pu y employer, *ne ruinis aspectus urbis deformetur.* De là les jurisconsultes ont inféré, que les matériaux doivent être considérés comme hors du commerce tout le temps qu'ils sont attachés à un bâtiment; et, de conséquence en conséquence, ils ont été jusqu'à faire rendre un sénatus-consulte qui a interdit aux propriétaires la faculté de léguer leurs matériaux employés dans un édifice quelconque : *Sed ea quæ ædibus juncta sunt, legari non possunt, quia hæc legari non posse senatus censuit, Aviola et Pansâ consulibus.* Ce sont les termes de la loi 41, §. 1, D. *de legatis* 1°, et nos usages n'y ont pas dérogé.

Cette règle admet cependant une exception. Le §. 5 de la loi que nous venons de citer, permet à un testateur de léguer les matériaux de son bâtiment, pour servir à la construction d'un ouvrage public dans le territoire de la commune où il est domicilié. *Sed si quis ad opus reipublicæ faciendum legavit, puto valere legatum. Nam et Papinianus libro undecimo responsorum refert imperatorem nostrum et divum Severum constituisse eos qui reipublicæ ad opus promiserint, posse detrahere ex ædibus suis urbanis atque rusticis, et ad id opus uti, quia hi quoque non promercii causâ id haberent. Sed videamus utrum ei soli civitati legari possit in cujus territorio est, an et de aliâ civitate in aliam transferre possit ? Et puto non esse permittendum.*

V. Lorsque le Legs est nul par l'indisponibilité de la chose qui en est la matière, le légataire peut-il au moins en exiger l'estimation ?

La négative est incontestable par rapport à l'indisponibilité qui dérive de la loi falcidie; et l'on verra à l'article *Réserves coutumières*, qu'il en est de même de celle qui est introduite par nos coutumes.

Quant aux choses dont l'indisponibilité provient de ce qu'elles ne sont pas dans le commerce, il est pareillement certain qu'elles ne doivent pas plus être fournies en estimation, qu'elles ne peuvent l'être en nature. C'est ce que décide formellement le §. 4 du titre *de legatis*, aux Institutes; et c'est ce que prouve la loi 41, §. 4, D. *de legatis* 1°, en établissant, par forme d'exception, que le légataire de matériaux attachés à un bâtiment, doit en avoir l'estimation dans le cas particulier dont elle parle : *Si duobus domum legaverit Sempronianam et ex eâ alteri eorum marmora ad extructionem domûs Seïanæ quam ei legaverat : non malè agitabitur an valeat, quia dominus est utriusque legatarius. Et quid si quis domum, deductis marmoribus, legaverit, quæ voluit heredem habere ad extruendam domum quam retinebat in hereditate ? Sed meliùs dicetur in utroque detractionem non valere; legatum tamen valebit ut æstimatio eorum præstetur.* — Tout le monde connaît la règle, *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis ;* elle reçoit ici une application directe et entière.

VI. Il y a certaines choses dont le commerce, permis en général, est défendu à quelques personnes : ainsi, une femme ne peut posséder un office; un corps ou établissement de main-morte ne peut acquérir un immeuble. Supposons qu'une femme soit légataire d'un office, ou des gens de main-morte d'un immeuble, le Legs sera-t-il dû en estimation ?

Le principe général est que le légataire incapable d'avoir la chose en nature, n'est pas fondé à en demander la valeur. C'est ce que prouvent les §. 2 et 3 de la loi 49, D. *de legatis* 2° : — « Trebatius (dit-elle), a répondu, suivant que Labéon le rapporte, que vous pouvez recueillir le Legs d'un champ dont vous n'avez point le commerce. Priscus Fulcinius a dit avec raison, que cette résolution était fausse. — Mais si un testateur, dit Proculus, charge son héritier de donner un fonds dont il n'a pas le commerce, à une personne capable de le posséder, je crois, et il est certain que l'héritier doit

Source : BIU Cujas

livrer la chose en nature, si elle se trouve dans l'hérédité, sinon en fournir l'estimation ». — L'opposition qui règne entre ces deux paragraphes, fait entendre très clairement que l'estimation n'est point due dans le cas du premier.

Cette décision paraît cependant contrariée par trois textes fort spécieux. — La loi 114, §. 5, D. *de legatis* 1°, porte : « S'il a été légué licitement à quelqu'un une chose qui est dans le commerce, mais qu'il ne peut pas posséder, soit à cause d'une difformité corporelle, soit à raison de la qualité de la chose même, soit enfin pour quelque autre raison admissible, l'estimation lui en sera due sur le pied de la valeur ordinaire ». — La loi 40 du même titre décide que, « si une chose dont le légataire n'a pas le commerce, est laissée par fidéicommis à une personne qui n'a pas le droit de la posséder, celle-ci doit en avoir l'estimation ». — La loi 11, §. 16, D. *de legatis* 3°, propose la question de savoir si un office légué à un esclave étranger, appartient au maître; et voici sa réponse : « Ou le testateur a su qu'il léguait à un esclave, et dans ce cas l'estimation de l'office est due au maître; ou il l'a ignoré, et alors le Legs est absolument nul ».

Conclura-t-on de ces trois textes, que les choses dont le légataire n'a pas le commerce, doivent lui être fournies en valeur ? Non. — La loi 114, §. 5, D. *de legatis* 1°, établit seulement une différence entre celui qui n'a pas le commerce de la chose léguée, et celui qui n'est empêché de la posséder que par un obstacle de droit ou de fait : elle décide que ce dernier doit en avoir l'estimation, parceque le Legs lui a été fait *licitement*; et par-là, elle fait assez entendre qu'il en est autrement du premier. — La loi 40, D. *de legatis* 1°, insinue la même chose : elle distingue le légataire qui n'a pas le commerce de la chose, d'avec le fidéicommissaire qui n'a pas le droit de la posséder; et elle déclare que la nullité du Legs à l'égard de l'un, n'empêche pas que l'autre n'ait droit à l'estimation. — La loi 11, §. 16, D. *de legatis* 3°, n'est pas plus contraire que les deux autres au principe dont il s'agit; on peut même dire qu'elle le confirme : en effet, si, d'un côté, elle donne au maître l'estimation de l'office légué à son esclave, lorsque le testateur connaissait l'état du légataire, c'est parceque le testateur est censé n'avoir légué à l'esclave que pour avantager son maître, et que celui-ci a le commerce de la chose, quoiqu'il ne puisse pas la posséder par le ministère de son esclave. Si, d'un autre côté, elle refuse l'estimation au maître, lorsque le testateur a ignoré la condition de celui à qui il léguait, c'est parceque, dans ce cas, le testateur n'a envisagé, dans sa disposition, que l'avantage personnel de l'esclave, qui n'a pas le commerce de l'office. — Ainsi, tout ce qui résulte de ces trois textes, c'est qu'il faut distinguer l'incapacité d'acquérir, d'avec celle de posséder. L'une vicie entièrement le Legs; l'autre le laisse subsister quant à l'estimation.

Appliquons cette distinction à la femme légataire d'un office, et aux gens de main-morte légataires d'un immeuble.

Nos lois déclarent les personnes du sexe incapables d'exercer un office quelconque; mais elles ne leur en défendent pas l'acquisition. Rien n'est si commun parmi nous, que de voir une femme acheter une charge de judicature ou de finance, et même la communauté conjugale la rend de plein droit propriétaire de la moitié de celles qui ont été acquises par son mari. Le titre de ces charges ne fait, à la vérité, aucune impression sur sa tête, mais c'est dans ses mains qu'en est la propriété. Rien n'empêche donc de léguer un office à une femme; et ses droits sont les mêmes en pareils cas, que le seraient ceux d'un homme sourd et muet qu'on aurait gratifié d'un semblable Legs.

A l'égard des gens de main-morte, les lois ne leur défendent pas seulement de posséder des immeubles, elles les déclarent même incapables de les acquérir. Ils ne peuvent donc pas demander l'estimation des choses immobilières qui leur sont léguées. — A la vérité, il a été un temps où cette conséquence n'était pas généralement reconnue, et où quelques tribunaux déclaraient ces sortes de Legs bons et valables, à la charge par les gens de main-morte de vendre dans un certain terme les biens qui en étaient l'objet : mais aujourd'hui la jurisprudence est fixée là-dessus par les édits et les déclarations qui sont cités à l'article *Légataire*, §. 2, n. 17. — [[Nous indiquons au même endroit les changemens que les lois nouvelles ont faits à cette jurisprudence.]]

VII. Quel temps faut-il considérer pour savoir si une chose est dans le commerce, et par conséquent susceptible de Legs ? Cette question est décidée par la règle de Caton, suivant laquelle toute disposition testamentaire qui est nulle dans son principe, ne peut pas devenir valable par la suite. *V. Règle de Caton.* Ainsi, le Legs de matériaux qui étaient incorporés dans un bâtiment, à l'époque où le défunt a testé, sera toujours nul, quoique le bâtiment vienne à être démoli avant la mort du testateur : *Tractari tamen poterit si quandò marmora vel columnæ fuerint separata ab ædibus, an legatum convalescat ? Et si quidem ab initio non constitit legatum, ex post facto non convalescet.* C'est la décision expresse de la loi 41, §. 2, D. *de legatis* 1°.

Si cependant le Legs était conçu en forme conditionnelle, la démolition du bâtiment le ferait valider. La même loi le déclare ainsi, sur le fondement que la règle de Caton n'a point été faite pour les dispositions conditionnelles. *Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere : Si existentis conditionis tempore mea non sit, vel ædibus juncta non sit. Purum igitur legatum Catoniana regula impediet, conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.* — [[*V. Institution d'héritier*, sect. 5, §. 3.]]

Source : BIU Cujas

§. II. *Le Legs d'une chose qui appartient au légataire, est-il valable?*

Le §. 10, *de legatis*, aux Institutes, répond à cette question de la manière la plus précise : « Si on lègue à quelqu'un ce qui lui appartient, le Legs est inutile, par la raison que ce qui lui appartient, il ne peut l'acquérir de nouveau. Et quoiqu'ensuite la chose fût aliénée par lui, il ne lui serait dû, en vertu du Legs, ni la chose, ni sa valeur ».

II. La règle de Caton n'ayant lieu, comme on vient de le voir, que pour les Legs faits purement et sans condition, il est clair que si le légataire conditionnel de son propre bien l'aliène avant la mort du testateur, il pourra forcer l'héritier à le lui rendre en nature ou en estimation. C'est la disposition expresse de la loi 18, D. *de legatis* 2°, et de la loi 98, D. *de conditionibus et demonstrationibus.*

La loi 1, §. 2, D. *de regulâ Catonianâ*, semble aller plus loin. Pour l'apprécier avec justesse, il faut la lire dans sa langue naturelle : *Item si tibi legatus est fundus qui scribendi testamenti tempore tuus est : si eum, vivo testatore, alienaveris, Legatum tibi debetur : quod non deberetur, si testator statim decessisset.*

Voici le sens que ces termes paraissent former : « S'il vous a été légué un fonds qui vous appartenait au temps de la confection du testament, le Legs vous est dû en cas que vous ayez aliéné votre bien du vivant du testateur; mais vous n'auriez rien à prétendre, si le testateur était mort aussitôt après la rédaction de ses dernières volontés ».

Il est pourtant difficile de croire que ce soit là le vrai sens de la loi. Elle établit, à la vérité, une exception à la règle catonienne ; du moins ces termes qui la précèdent, *Catoniana regula sic definit..... quæ definitio in quibusdam falsa est. Quid enim si quis ita legaverit?..... Item si tibi legatus est fundus*, etc., ne permettent pas d'en douter; mais en quoi consiste cette exception, et quel en est le fondement? Nous venons de dire que la règle catonienne n'a point d'effet sur les dispositions conditionnelles; et c'est précisément ce que notre loi décide dans le cas particulier dont elle parle. Il ne faut, pour le sentir, que substituer une virgule aux deux points placés après les mots *tuus est*, et deux points à la virgule qui suit le terme *alienaveris;* alors en effet le sens du texte sera : « S'il vous a été légué un fonds qui vous appartenait au temps de la confection du testament, sous la condition que vous l'auriez aliéné du vivant du testateur : le Legs vous est dû ».

La loi 39, §. 2, D. *de legatis* 1°, nous indique une autre exception au principe que le Legs est nul quand il tombe sur une chose qui appartient au légataire à l'époque du testament : « Si Titius (dit-elle), avait acheté de moi un fonds, qu'il me l'eût légué avant que je ne lui en eusse fait la tradition, et qu'enfin je le lui eusse livré et qu'il m'en eût compté le prix, il semblerait au premier abord que le Legs fût nul, comme ayant pour objet une chose dont j'étais propriétaire. Cependant, comme j'ai exécuté le contrat par la tradition que j'ai faite, je puis revendre la chose en vertu de mon Legs. Si même le prix de la vente ne m'était pas encore payé, j'aurais deux actions contre l'héritier du testateur : l'une, en vertu de mon contrat, pour me faire payer le prix; l'autre, en vertu du testament, pour me faire rendre la chose. Et si le prix était payé sans que j'eusse fait la tradition, je pourrais agir en vertu du testament, pour me faire décharger de l'obligation de livrer ».

III. Après avoir établi que le Legs annullé, dans son principe, par la propriété que le légataire avait de la chose léguée au temps du testament, ne devient pas régulièrement valable par l'aliénation que le légataire fait de cette même chose avant la mort du testateur, il faut examiner si réciproquement un Legs, valable dans son principe parcequ'il avait pour objet une chose dont le légataire n'avait pas la propriété à l'époque du testament, ne devient pas nul par l'acquisition que le légataire fait de cette même chose avant le décès du testateur.

Cette question importante est traitée dans plusieurs lois du Digeste; voici le résultat que nous en donne l'empereur Justinien, §. 6, *de legatis*, aux Institutes : — « Si quelqu'un avait légué la chose d'autrui, et que le légataire l'eût acquise du vivant du testateur; si c'est par achat, il en peut demander la valeur, en vertu du testament; mais s'il l'a acquise à titre lucratif, comme de donation ou autre semblable, il ne peut plus rien demander. C'est une maxime reçue, que deux titres lucratifs ne peuvent concourir en une même personne, pour raison d'une même chose. Par cette raison, si une même chose était due à une même personne en vertu de deux testamens, il faut distinguer si le légataire a reçu la chose léguée en vertu du premier, ou s'il n'en a reçu que l'estimation : s'il a reçu la chose même, il n'est plus en droit d'agir en vertu de l'autre testament, parcequ'il a acquis à titre lucratif la chose qui lui a été léguée; si au contraire il n'en a reçu que la valeur, il peut agir pour raison de la chose même, et la demander en vertu de l'autre testament ».

Cette décision est suivie sans difficulté dans les provinces soumises au droit écrit : mais doit-elle l'être également dans les pays où les lois romaines n'ont d'autre autorité que celle de la raison? Quelques uns, dit Ferrière, soutiennent que non; et ils appuient leur sentiment sur une maxime qui ne sera développée que dans le §. 3 de cette section. « Celui qui lègue la chose d'autrui (c'est ainsi qu'il s'explique), a voulu donner au légataire la chose qu'il léguait, ou lui en faire avoir l'estimation, au cas qu'il ne pût avoir la chose même. C'est pourquoi, comme l'héritier est tenu de donner au légataire l'estimation de la chose

Source : BIU Cujas

d'autrui, quand, par quelque raison, il ne la peut donner au légataire, ils prétendent que cela doit aussi avoir lieu quand le légataire est devenu propriétaire de la chose léguée, même à titre lucratif; et qu'ainsi le bonheur qui arrive en ce cas au légataire, ne doit point profiter à cet héritier, ni le décharger de l'obligation de payer l'estimation de la chose léguée, d'autant plus qu'il doit pleinement exécuter sa volonté ».

Ces raisons ne détruisent pourtant pas celles qui ont porté les jurisconsultes romains à décider comme ils l'ont fait. Quelle est l'intention du testateur qui lègue une chose à quelqu'un? C'est de la lui faire parvenir à titre gratuit. Il n'est donc pas possible que le Legs soit encore dû, lorsque le légataire a acquis, par une libéralité étrangère, la chose qui en est l'objet: dès lors, la volonté du testateur est remplie; et quoique cela soit arrivé par une autre voie que son testament, il n'en est pas moins vrai que le légataire a en main tout ce que le défunt a voulu lui faire avoir; ce qui éteint toute espèce d'action de sa part. Disons donc avec Ferrière, que tous les principes établis par le texte des Institutes que nous venons de rapporter, *doivent avoir lieu en pays coutumier comme en pays de droit écrit.* Tel est aussi le sentiment de Pothier dans son *Traité des Obligations*, n. 617; et de Bourjon, dans son *Droit commun de la France*, tome 2, page 352, édition de 1770.

IV. Pour que le Legs s'éteigne par l'acquisition que le légataire a faite à titre lucratif de la chose léguée, il faut que cette acquisition embrasse la propriété pleine et entière de cette chose. Sans cela, le Legs subsiste, et l'héritier est obligé de fournir au légataire ce qui manque au complément de sa propriété. — « Par exemple (dit Pothier), si quelqu'un m'a légué un héritage qu'il savait n'être pas à lui, et que depuis sa mort et avant l'exécution du Legs, le propriétaire m'en ait fait donation sous la réserve d'usufruit, la créance de cet héritage que j'ai contre l'héritier du testateur n'est pas éteinte, quoique je sois devenu propriétaire de la chose qui m'était due, parcequ'il manque quelque chose à la perfection de ma propriété, savoir, l'usufruit dont mon héritage est chargé. L'héritier du testateur demeure donc débiteur de cet héritage, en ce sens qu'il est obligé de racheter pour moi cet usufruit qui me manque, et de m'en payer le prix ».

Par la même raison, lorsque le légataire n'a acquis à titre lucratif qu'une partie de la chose léguée, son Legs subsiste pour l'autre partie. C'est ce que décide formellement la loi 82, §. 3, D. *de Legatis* 1°.

Il résulte encore du même principe, que si l'on m'a donné la pleine et entière propriété de la chose léguée, mais que la donation soit sujette à révocation, ou pour survenance d'enfans, ou pour retranchement de légitime, ou enfin pour toute autre cause, l'héritier demeure obligé à me maintenir dans le bien, ou à m'en payer la valeur, lorsque sera arrivé le cas de la révocation. C'est une des dispositions de la loi que nous venons de citer.

V. C'est en quelque sorte léguer à quelqu'un sa propre chose, que de lui léguer une dette dont on lui est redevable. Voici ce que porte là-dessus le §. 14, *de Legatis*, aux Institutes (nous nous servons de la traduction de Ferrière): « Si le débiteur lègue à son créancier ce qu'il lui doit, le Legs est inutile, s'il n'y a plus dans le Legs que dans l'obligation. Si la dette n'était exigible que dans un certain temps, ou si elle était conditionnelle, et que le débiteur eût légué cette dette purement, le Legs serait valable, à cause de l'avantage de la *représentation*, ou ce qui est la même chose de l'anticipation du paiement.

Le §. 15 ajoute: « Si un mari lègue à sa femme la dot qu'il en a reçue, le Legs est valable, parceque ce Legs lui est plus avantageux que l'action de dot ».

Voici en quoi les lois romaines faisaient consister cet avantage. — Ou la dot était constituée en choses qui se consument par l'usage, comme l'argent; ou elle était constituée en corps certains et en espèces déterminées. — Au premier cas, le Legs de la dot était très utile à la femme, en ce que, quand elle était réduite à l'action de dot, le paiement ne lui en était fait, dans l'ancien droit, qu'en trois années, ce qu'on appelait, *annuâ, binâ, trinâ die*; et que même depuis la loi unique, C. *de rei uxoriæ actione*, il ne lui était rien dû qu'à la fin de l'année de la mort du mari; au lieu que quand elle pouvait demander sa dot à titre de Legs, la restitution devait lui en être faite aussitôt après le décès du testateur, et les intérêts en couraient de ce moment. — Au second cas, c'est-à-dire, quand la dot consistait en corps certains, le Legs qui en était fait à la femme ne laissait pas de lui être avantageux, à cause des rétentions que les héritiers avaient droit d'exercer dans l'action de dot, et qui cessaient lorsque la demande de la femme était fondée sur le testament. (Loi 1, D. *de Legatis* 2°, Loi 1, *pr.* et §. 3; loi 2, D. *de dote prælegatâ*).

De ces deux différences entre l'action de dot et l'action de Legs, la seconde ne subsiste plus, la rétention des fonds dotaux étant abrogée à l'égard de celle-là, comme elle a toujours été inconnue à l'égard de celle-ci.

L'autre différence a encore lieu dans les provinces de droit écrit; mais elle est hors d'usage dans les pays coutumiers, parceque dans ces pays, le paiement de la dot doit être fait et que les intérêts en courent, aussitôt après la dissolution du mariage. — [[Mais *V. dot*, §. 11, n. 5 et 6.]]

§. III. *Peut-on léguer la chose d'autrui?*

I. Dans l'ancien droit romain, on pouvait léguer le bien d'autrui *per damnationem, per sinendi mo-*

Source : BIU Cujas

dum, et par fidéicommis; mais on ne pouvait pas le faire *per vindicationem* (1). Cette observation sert à concilier les lois 39, D. *de manumissis testamento*, et 88, D. *de verborum significatione*, qui annullent ces sortes de Legs, avec une foule d'autres lois qui les déclarent valables : les unes s'entendent des Legs *per vindicationem*, et les autres des trois premières espèces de dispositions.

Quoi qu'il en soit, dans le dernier état de la jurisprudence romaine, il n'y a plus de différence réelle entre les diverses manières de léguer, ni même entre les Legs et les fidéicommis particuliers; il ne peut donc plus y avoir le moindre doute sur la validité des Legs qui tombent sur le bien d'autrui. C'est dans cet esprit qu'a été rédigé le §. 4, *de legatis*, aux Institutes : « Un testateur (y est-il dit) peut léguer, non seulement les choses qui lui appartiennent, mais aussi les choses qui appartiennent à d'autres; à l'égard de celles-ci, l'héritier est tenu, ou de les acheter et de les livrer au légataire, ou, s'il ne peut les acheter, de lui en donner l'estimation ».

Cette décision n'est pas contraire au principe, que nous ne pouvons disposer que de nos biens : *nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet*. La faculté que la loi accorde aux testateurs de léguer la chose d'autrui, ne porte aucun préjudice au propriétaire de cette chose; elle ne lie que leurs héritiers, par l'obligation qu'elle leur impose d'acquitter le Legs en nature ou en estimation; et de quelque manière que ceux-ci en fassent le paiement, c'est toujours sur le patrimoine du défunt qu'ils en prennent le prix.

Mais, continue Justinien dans le §. cité, « si la chose léguée n'était pas dans le commerce des hommes, ou que personne ne la pût acquérir, l'héritier ne serait pas obligé d'en payer la valeur : comme si quelqu'un avait légué le champ de mars, le palais du prince, les temples, et enfin les choses qui sont destinées à l'usage public; car de tels Legs sont inutiles ».

Il faut dire la même chose du Legs des biens qui, sans être absolument hors du commerce, ne peuvent être aliénés qu'en vertu d'une autorisation spéciale du souverain. La loi 39, §. 8 et 10, D. *de legatis* 1°, nous en fournit la preuve et l'exemple : « Si (dit-elle), on s'avisait de léguer les terres de l'empereur qui sont administrées par son procureur fiscal dans la forme propre au patrimoine de la couronne, l'estimation n'en sera point due, parceque ces biens ne sont dans le commerce que quand le prince l'ordonne, attendu qu'on n'est pas accoutumé de les vendre ».

Cette loi reçoit, dans notre usage, une application exacte aux biens particuliers du roi dont il a été compté pendant dix ans à la chambre des comptes; et la raison sur laquelle la disposition en est fondée, doit encore faire décider, suivant Furgole, « que quand le Legs est d'une chose appartenante à l'église, à un monastère, hôpital, ou autre lieu pieux, dont l'aliénation est interdite par les lois et les constitutions canoniques, l'héritier n'en doit pas l'estimation, parceque le même principe s'y applique naturellement ».

II. Au reste, la règle qui fait juger valable le Legs du bien d'autrui, admet une restriction remarquable, même à l'égard des choses qui sont dans le commerce. Ecoutons Justinien dans le §. 4, *de legatis*, aux Institutes : « Quand nous disons qu'on peut léger la chose qui appartient à autrui, cela se doit entendre au cas que le testateur ait su qu'elle appartenait à autrui, et non pas s'il s'en croyait propriétaire; d'autant que s'il eût su ce qui en était, peut-être ne l'eût-il pas léguée, ainsi qu'a répondu l'empereur Antonin. C'est au demandeur, c'est-à-dire, au légataire, à prouver que le testateur savait que la chose léguée appartenait à autrui, et non pas à l'héritier à prouver que le testateur l'ignorait; parceque c'est toujours à celui qui avance quelque chose, à en faire preuve ».

III. Il y a cependant deux cas où le Legs de la chose d'autrui est valable, quoique le testateur ait ignoré qu'elle ne lui appartenait pas.

Le premier est lorsque la chose appartient à l'héritier; c'est ce que porte la loi 67, §. 8, D. *de legatis* 2°. — « Il suffit même (suivant Furgole), que la chose appartienne à l'héritier lorsque le Legs doit être délivré, quoiqu'elle fût à un autre au temps du testament; parceque, dans l'un et l'autre cas, l'héritier qui se trouve propriétaire de la chose léguée, n'a pas besoin de la racheter pour la délivrer au légataire, et il a une égale facilité à en faire la délivrance : voilà pourquoi on n'examine pas si le testateur a cru ou n'a pas cru que la chose lui appartînt ». — C'est effectivement ce que décide la loi 67, §. 8, *de legatis* 2°, au Digeste : *Succursum est heredibus ne cogerentur redimere quod testator suum existimans reliquit. Sunt enim magis in legandis suis rebus, quàm in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates : quod in hâc specie non evenit, cùm dominium rei sit apud heredem.*

Le second cas est marqué en ces termes, par la loi 10, C. *de legatis* : « Lorsque quelqu'un lègue une chose qui ne lui appartient pas, et dont cependant il se croyait propriétaire, le Legs n'est d'aucun effet, à moins que le légataire ne soit une personne à qui le testateur était attaché par la proximité du sang, par le mariage, ou par toute autre considération qui l'aurait porté à léguer, quand même il eût su que la chose ne lui appartenait pas ». — « Il est remarquable (dit Furgole), que cette loi n'exige que la proximité du légataire, sans la comparer à celle de l'héritier, et sans examiner s'il est plus ou moins proche que le légataire; la seule proximité de celui-ci forme une présomption légale que le testateur lui aurait légué la chose, quand même il aurait connu qu'elle appartenait à autrui ». — « Il y

(1) Sur ces manières de léguer, *V. Légataire*, §. 5, n. 2.

Source : BIU Cujas

a même, dit Serres, un arrêt du parlement de Toulouse, du 20 mai 1697, rendu au rapport de M. de Polastre, qui a jugé que le Legs de la chose d'autrui, fait par le testateur à un sien parent, était bon, par la présomption résultant de la parenté, quoique le légataire fût dans un degré plus éloigné du testateur que l'héritier ».

La loi 77, §. 8, D. *de legatis* 2°, paraît contraire à cette doctrine. Un père institue trois enfans, et fait à l'un d'eux un prélegs de divers fonds qu'il possède, et qu'il croit lui appartenir. On demande si le légataire étant évincé de ces fonds, peut agir en garantie contre ses cohéritiers? Le jurisconsulte Papinien répond que non : *Evictis prædiis quæ pater qui se dominum esse credidérit, verbis fideicommissi reliquit, nulla cum fratribus et cohæredibus actio erit.*

Les interprètes ne sont pas d'accord sur la manière de concilier ce texte avec la loi 10, C. *de legatis*.

Cujas ne trouve aucune opposition entre l'une et l'autre : celle-ci, dit-il, assure bien au légataire pour lequel le testateur avait un attachement particulier, le droit de demander que la chose d'autrui dont il a disposé en sa faveur, lui soit délivrée; mais elle ne lui donne pas de garantie en cas d'éviction; et la loi 77, §. 8, D. *de legatis* 2°, prouve que cette garantie n'est pas due par les héritiers. — Mais, répond Catellan, « la décision des lois faites en faveur des personnes chéries, à qui des Legs de la chose d'autrui ont été faits, produirait en leur faveur un effet peu considérable, si elles refusaient la garantie pour l'éviction de la chose léguée, lorsque cette éviction aurait eu lieu après la tradition ».

Barthole et quelques autres auteurs croient concilier le texte dont il s'agit, avec la loi 10, C. *de legatis*, par la circonstance que, dans l'espèce qui y est traitée, le testateur avait en sa possession les fonds prélégués.

Vasquius et Henrys en fondent la décision sur ce que le légataire n'était pas plus proche parent au testateur que les héritiers; et ils en tirent cette conséquence, rejetée par l'arrêt que nous venons de rapporter, que quand l'héritier est au même degré que le légataire, la disposition de la loi 10, C. *de legatis*, doit cesser.

« Quoiqu'il y ait du vrai dans ces conciliations, dit Furgole, elles sont imparfaites. La loi 10, C. *de legatis*, établit une règle générale; et la loi 77, §. 8, D. *de legatis* 2°, décide une hypothèse particulière où trois circonstances concourent : la première, qu'il s'agit d'un prélegs; la seconde, que le testateur était possesseur et se croyait propriétaire des fonds prélégués; et la troisième, que les héritiers étaient tous enfans du testateur, de même que le prélégataire. Il faut donc dire qu'il n'y a point d'antinomie, et que chacun de ces textes doit avoir lieu dans son cas ». — *V. Légataire*, §. 6, n. 25.

[[IV. Aujourd'hui, le legs de la chose d'autrui est nul dans tous les cas : « Lorsque le testateur (porte l'art. 1021 du Code Napoléon), aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas ».]]

§. IV. *Quel est l'effet du Legs d'une chose qui ne se trouve ni dans le patrimoine du testateur, ni dans celui d'une autre personne désignée?*

Il ne s'agit pas ici des choses qui consistent en quantité, comme l'argent, le blé, le vin, etc.; nous avons indiqué ci-devant, sect. 2, §. 2, n. 5, les cas où le défaut d'existence de ces choses vicie les Legs qui en sont faits. C'est des corps certains et des espèces déterminées que nous avons à parler en ce moment.

Lorsqu'un testateur a légué des choses de cette nature, et qu'elles ne se trouvent ni dans son patrimoine, ni dans celui d'une certaine personne, il faut distinguer s'il les a désignées spécifiquement ou non.

Au premier cas, le Legs est incontestablement nul : la loi 32, §. 5, D. *de legatis* 2°, le décide ainsi en termes très clairs : « Si les espèces léguées nommément ne se trouvent point, et qu'il n'y ait pas de preuve que l'héritier les ait soustraites, le légataire ne pourra pas en faire la demande ».

Si cependant la chose léguée se retrouvait dans la suite, l'héritier serait tenu d'en faire la délivrance au légataire. *Res testatoris legatæ quæ in profundo esse dicuntur, quandocumque apparuerint, præstantur*, dit la loi 15, D. *de legatis* 3°.

Par la même raison, quoique la chose léguée n'existe pas au temps du testament, ni même à la mort du testateur, le Legs ne laisse pas d'être valable, lorsqu'il y a espérance qu'elle existera un jour. Voici comme s'explique là-dessus l'empereur Justinien, §. 7, *de legatis*, aux Institutes : « On peut léguer une chose qui n'existe pas, pourvu qu'elle puisse exister un jour; par exemple, les fruits qui proviendront d'un tel fonds, et les enfans qui naîtront d'une telle esclave ».

On sent néanmoins qu'un pareil Legs ne peut avoir d'effet qu'en cas d'existence de la chose future qui en est la matière.

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire, lorsque le testateur n'a pas désigné spécifiquement la chose qu'il a léguée, et que cette chose n'existe, ni dans sa succession, ni dans le patrimoine d'une personne déterminée, le Legs est encore nul. La loi 71, D. *de legatis* 1°, en contient une disposition expresse : « Si une maison a été léguée à quelqu'un simplement et sans désignation de celle que le testateur avait en vue, les héritiers seront obligés de choisir entre toutes les maisons qu'il possédait, et d'en donner une au légataire. Mais si le défunt n'avait point laissé de maison, le Legs serait plus dérisoire qu'utile ».

Source : BIU Cujas

§. V. *Quelles sont les règles propres aux Legs de purs faits ?*

Justinien décide dans le §. 21, *de legatis*, aux Institutes, qu'on doit regarder comme valable un Legs qui serait conçu en cette forme : *Je condamne mon héritier à rebâtir la maison d'un tel*, ou *à payer ses dettes.*

On infère de là, et avec raison, qu'on peut léguer des faits comme des choses. C'est ce que prouve encore la loi 11, §. 23, D. *de legatis* 3° : « Si un testateur (ce sont ses termes), a laissé quelque chose pour la construction d'un ouvrage public, chacun des héritiers est tenu solidairement, suivant le rescrit des empereurs Marc et Verus à Procula : ces princes ont cependant enjoint au cohéritier de celle-ci de faire travailler à l'ouvrage ordonné, dans un certain terme ; mais, ce terme écoulé, ils ont voulu que Procula supportât seule tous les embarras et les frais de la construction, sauf à se faire rembourser par son cohéritier la part pour laquelle il devait contribuer ».

Le §. 24 ajoute : « L'empereur Marc a encore décidé la même chose par rapport à une statue que l'héritier est obligé de faire faire pour quelqu'un, à une servitude qu'il est tenu de souffrir, et généralement à tout ce qui est d'une nature indivisible ».

Le §. 25 mérite une attention particulière : « Si l'héritier que le testateur a obligé de faire faire quelque ouvrage pour le public, offrait aux officiers municipaux les deniers nécessaires pour qu'ils y fissent travailler eux-mêmes, il ne devrait point être écouté, parceque le défunt a voulu qu'il prêtât ses soins personnels ».

Vendre et acheter est un fait : ainsi, un testateur peut léguer à quelqu'un le droit d'obliger son héritier, soit à lui vendre un effet qui lui convient, soit à acheter de lui une chose dont il est intéressé à se défaire. Ecoutons le jurisconsulte Gaïus dans la loi 66, D. *de legatis* 1° : « On regarde encore comme utile le Legs par lequel le testateur ordonne à son héritier d'acheter ou de vendre à juste prix : en effet, ne peut-il pas arriver que le légataire de qui l'héritier est condamné d'acheter un fonds, soit obligé, par le mauvais état de sa fortune, de vendre ce bien, et ne trouve néanmoins personne pour en faire l'achat ? Ou réciproquement le légataire ne peut-il pas avoir intérêt d'acquérir l'héritage que le défunt lui a donné le droit d'acheter ? Dans ce cas, ne lui est-il pas avantageux que l'héritier ne puisse pas refuser de vendre » ?

Au reste, dit la loi 49, §. 8, D. *de legatis* 1°, « il faut toujours se souvenir que l'héritier condamné à vendre, n'est point tenu de le faire gratuitement, mais qu'il a droit de tirer de son bien un prix réel ».

Lorsque le testateur n'a point exprimé le prix de la vente ou de l'achat qu'il a ordonné à son héritier de faire, on présume toujours qu'il a entendu parler d'un prix raisonnable ; et si les parties n'en conviennent pas, c'est à des experts à le fixer. « Mais si le prix a été déterminé par le testament, l'héritier est obligé de s'y tenir ». Ce sont les termes du §. 9 de la loi citée.

La loi 30, §. 3, D. *de legatis* 3°, décide une question qui peut se présenter fort souvent sur ces sortes de Legs : « Si (dit-elle), vous avez été condamné par le testateur à me vendre un fonds moyennant un prix qu'il a fixé, vous ne pourrez rien prétendre aux fruits qui étaient pendans lors du décès, parceque ce prix est relatif à toute la consistance du bien ».

Lorsque deux personnes sont co-légataires du droit d'acheter un fonds du testateur ou de l'héritier, le refus de l'une d'exercer ce droit, ne préjudicie pas à l'autre ; et celle-ci peut se faire vendre la moitié du bien. C'est ce que porte formellement la loi 41, §. 9, D. *de legatis* 3°.

SECTION IV. *De l'étendue et de l'interprétation des Legs.*

Cette matière est aussi importante que difficile : pour la traiter avec le plus d'ordre qu'il est possible, nous tracerons d'abord les règles générales qui doivent servir comme de boussole dans l'interprétation des Legs ; nous discuterons ensuite les espèces les plus remarquables auxquelles ces règles s'appliquent.

§. I. *Règles générales pour déterminer ce qui est compris dans un Legs.*

I. Lorsque la volonté du testateur est claire, on doit la suivre sans faire attention aux paroles dont il s'est servi pour l'exprimer. *In conditionibus testamentorum voluntatem potiusquàm verba considerare oportet.* Ce sont les termes de la loi 101, D. *de conditionibus et demonstrationibus.*

Si au contraire l'intention du testateur est embarrassée de quelques nuages, la première chose à faire pour les éclaircir, est de se placer dans la situation où il se trouvait lorsqu'il a disposé. Par-là, on découvre ses affections, on pénètre ses vues, on saisit ses motifs, on balance ses habitudes ; et tout cela fait, il devient presque toujours facile de répondre à cette question : « De quelle manière me serais-je exprimé moi-même, et quelle étendue aurais-je attribuée intérieurement à telles paroles, si je m'étais trouvé dans tel état, si j'avais été habitué à tel genre de vie, si j'avais été affecté de telle sorte envers telle personne, etc. » ?

II. Il ne faut néanmoins, dans cet examen, s'écarter du vrai sens des termes employés par le testateur, que quand il paraît certain qu'il a pensé autrement qu'il n'a parlé. *Non aliter à significatione verborum recedi oportet, quàm cùm manifestum est aliud sensisse testatorem.* (loi 69, D. *de legatis* 3°). « Dans le doute, dit Ricard, il vaut beaucoup mieux s'arrêter à ce qui se trouve par

Source : BIU Cujas

écrit, que d'avoir recours à des circonstances incertaines ».

Prenons garde au surplus d'apporter dans l'interprétation d'un Legs, toute la subtilité d'un grammairien. C'est l'usage, plutôt que la signification exacte et originaire des termes, que nous devons consulter.

Ce que nous disons de l'usage, s'entend de celui qui est observé dans le lieu où le testateur était domicilié, comme de celui qui était particulier au testateur même. La loi 69, §. 1, D. *de legatis* 3°, justifie clairement cette proposition : *Titius codicillis ita cavit : Publio Mœvio omnes juvenes quos in ministerio habeo, dari volo. Quæro à quâ ætate juvenes et in quam intelligi debeant. Marcellus respondit : Quos verbis quæ proponerentur demonstrare voluit testator, ad notionem ejus qui de eâ re cogniturus esset, pertinere. Non enim in causâ testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cùm plerumque abusivè loquantur, nec propriis nominibus aut vocabulis semper utantur. Cæterùm, existimari posset juvenis is qui adolescentis excessit ætatem, quoad incipiat inter seniores numerari.* — La loi 18, §. 3, D. *de instructo*, dit également : *Optimum ergo esse Pedius ait, non propriam verborum significationem scrutari, sed imprimis quod testator demonstrare voluerit : deindè in quâ præsumptione sunt qui in quâque regione commorantur.*

III. La relation que peuvent avoir entre elles les différentes clauses d'un testament, est souvent d'une grande ressource pour leur interprétation mutuelle. — Quelquefois même d'une disposition expresse il en naît une tacite qui a une entière efficacité. Par exemple, un père qui a un fils et une fille, déclare par son testament, qu'il les fait ses légataires universels, le premier pour les deux tiers de ses biens, la seconde pour l'autre tiers seulement : au moment de sa mort, sa descendance se trouve composée de deux fils et d'une fille : ce n'est point le cas prévu par ses dernières dispositions ; mais ce qu'il a dit pour les circonstances dans lesquelles il se trouvait en testant, prouve assez que son intention a été de donner à chacun des mâles une portion double de celle des filles : ainsi, les biens seront partagés en cinq parts, chaque garçon en prendra deux, et la fille une. C'est ce que décide la loi 57, §. 1, D. *ad senatus-consultum Trebellianum.*

IV. C'est une question si, dans le doute, on doit pencher pour le légataire ou pour l'héritier.

Ricard et Bourjon répondent que celui-ci doit être préféré, « parcequ'à l'égard de l'héritier institué, suivant le droit romain, le testateur est censé l'avoir plus considéré, attendu qu'il lui a donné une qualité qui témoigne davantage son amitié envers lui, s'il n'apparaît du contraire : et pour ce qui est de l'héritier *ab intestat* parmi nous, duquel le légataire prend son Legs, la proximité du sang lui donne la présomption de préférence, suivant même la volonté du testateur, si elle ne se trouve expliquée d'une autre sorte et en faveur du légataire ».

Cette règle paraîtra sans doute trop générale. En effet, lorsqu'on demande si, dans l'interprétation d'un Legs, il faut accorder plus de faveur à l'héritier qu'au légataire, on peut avoir deux vues différentes : « Car (dit M. d'Agueseau, tom. 4, p. 631, 632, 633), cette question se forme, ou pour réduire simplement le Legs dans les bornes où on prétend que le testateur l'a renfermé, ou pour l'anéanter absolument et priver le légataire du fruit de la libéralité de son bienfaiteur »..... — Au premier cas, « la cause de l'héritier peut être favorable. C'est alors qu'il peut alléguer ces maximes communes, *parcendum heredi, in dubio pro herede respondendum, semper in obscuris quod minimum est sequimur ;* parcequ'il y a au moins une des deux volontés qu'on suppose dans le testateur, qui aura son exécution »... Au second cas, « on présume que le testateur n'a pas voulu faire un Legs inutile et dérisoire, qu'il a voulu au contraire que sa volonté fût exécutée aussi pleinement qu'elle pourrait l'être ; et c'est pour cela que les jurisconsultes nous disent que l'interprétation doit toujours se faire dans l'esprit de faire valoir l'acte, plutôt que de l'anéantir..... (1) ». — En un mot, « il faut, avant toutes choses, que la volonté du testateur soit accomplie. Quand on peut l'exécuter en ménageant les intérêts de l'héritier, cette voie doit être préférée ; mais quand, pour épargner l'héritier, il faudrait anéantir la loi du testateur, jamais on ne peut l'écouter ».

Du second membre de cette maxime, il résulte, que les dispositions ambiguës ou obscures doivent être interprétées de la manière qui paraît et la plus conforme à l'intention présumée du testateur, et la plus propre à empêcher qu'elles ne soient annullées (2). Ce n'est que quand on se trouve dans une impuissance absolue de leur donner un sens raisonnable, qu'il faut en venir là : alors, il est vrai, on les regarde comme non écrites, et elles ne produisent aucun effet. « Autrement (dit Bourjon), ce serait former une disposition, et non l'interpréter ; ce qui ne peut être admis..... Il vaut mieux anéantir une telle disposition, que de lui donner un effet, ou ridicule, ou contraire à l'intention du testateur ».

---

(1) *Quoties in actionibus aut exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res de quâ agitur, magis valeat quàm pereat.* Loi 12, D. de rebus dubiis.

Ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est ; veluti cùm Stichum stipules et sint plures Stichi.... semper in dubiis id agendum est, ut quàm tutissimo res sit bonâ fide contracta : nisi cùm aperte contra legem scriptum est. Loi 21, D. eod. tit.

(2) *Cùm in testamento ambiguè aut etiam perperam scriptum est, benignè interpretari, et secundùm id quod credibile est cogitatum, credendum est.* Loi 24, D. de rebus dubiis.

Source : BIU Cujas

Cette doctrine n'est presque que l'écho de la loi 2, D. *de his quæ non pro scriptis* : « Les choses qui sont écrites dans un testament (porte-t-elle), et dont le sens est inintelligible, ne doivent pas plus être considérées que si elles n'étaient pas écrites ».

La loi 188, D. *de regulis juris*, décide également que « lorsqu'un testament contient deux dispositions qui se contrarient, on ne doit avoir égard ni à l'une ni à l'autre ». — *V. Institution d'héritier*, sect. 4, n. 10.

§. II. *Questions particulières sur l'interprétation des Legs universels.*

I. Il s'élève peu de contestations dans les Legs universels sur l'étendue que le testateur est censé avoir voulu leur donner. La nature de ces dispositions en écarte presque toutes les difficultés de cette espèce. En effet, un Legs conçu en ces termes : « Je nomme un tel pour mon légataire universel », comprend nécessairement, tout ce que son auteur possédait de disponible ; la volonté de l'homme n'a point alors d'autres bornes que celles de la loi ; et c'est dans les dispositions de celle-ci, plutôt que dans les règles de celle-là, que le légataire doit chercher la mesure de ses droits.

II. Il y a cependant une exception à cette règle dans la coutume de la châtellenie de Lille. Suivant l'art. 4 du tit. 9 de cette loi municipale, on ne peut léguer que le revenu de ses immeubles pendant trois ans, et l'on n'est censé le faire que par une disposition qui frappe expressément sur ce revenu : « Fiefs et héritages ne se peuvent donner, charger ou autrement disposer par testament et ordonnance de dernière volonté, fors seulement les profits et revenus d'iceux de trois ans, en usant par exprès de ces mots, *profits et revenus de trois ans* : car autrement lesdites charges, dons et dispositions sont nulles ».

On a voulu étendre cette exception à la coutume d'Artois, qui limite pareillement la disponibilité des propres, au Legs du revenu qu'ils produisent dans les trois ans après la mort du testateur : mais cette prétention a été rejetée, « parceque (dit Maillart), cette disposition de la coutume du bailliage de Lille, est une loi pénale contraire au droit commun ; elle doit par conséquent être restreinte dans l'etendue de son territoire. Cette coutume de Lille a été homologuee le premier juin 1565 ; ainsi, elle ne peut pas avoir servi d'exemple à celle d'Artois, puisque celle-ci avait été homologuée dès le 3 mars 1544..... Sur ce principe, par sentence rendue aux requêtes du palais le 10 mai 1701, confirmee le vendredi 22 juillet de la même annee, à l'audience de la grand'chambre, par arrêt rendu suivant les conclusions de M. l'avocat général Portail, il a été décide que le revenu pendant trois ans des biens régis par la coutume d'Artois, était entré dans le Legs universel, ou plutôt dans le fidéicommis universel, dont la mère du testateur avait été chargée par testament passé à Lyon le 1er octobre 1668 ».

[[Au surplus, la disposition de la coutume de la châtellenie de Lille est devenue sans objet par l'effet des lois du 4 août 1789, qui, convertissant les fiefs et les censives en alleux, ont mobilisé tous les biens de l'une et de l'autre nature qui étaient alors régies par cette coutume. *V. Franc-alleu*, §. 31 et 32.]]

III. Dans le cas de renonciation à la communauté de la part d'une veuve, le Legs universel fait par le mari, comprend-il la part de la femme, ou cette part accroît-elle aux héritiers ?

Voici ce que répond Dufresne sur l'art 103 de la coutume d'Amiens : — « Si le mari prédécédé avait fait un légataire universel de tous ses meubles et acquêts, il serait juste que la part et portion de la femme appartînt, non aux héritiers, mais au légataire universel, cette part ayant toujours appartenu au mari *jure non decrescendi* ; et par conséquent elle est comprise au Legs, par argument de la loi unique, §. *sin verò non omnes*, au Code, *de caducis tollendis*. Et cela a été ainsi jugé par arrêt du 10 avril 1607, à la troisième chambre des enquêtes, sur un procès parti dans la seconde, au rapport de M. Baron, nonobstant qu'il eût été dit que la part de la femme qui a renoncé à la communauté, étant un gain adventif survenu depuis le décès du mari, il devait appartenir à ses héritiers, et être réuni à la masse de ses biens dont ils sont saisis dès l'instant de sa mort, sauf les charges et Legs auxquels ils sont tenus de satisfaire, qui, aussi depuis ce temps, doivent demeurer en l'état qu'ils sont, sans pouvoir s'accroître au préjudice des héritiers, ni aussi diminuer. Mais cette objection n'exclut point les choses qui aviennent à un légataire universel par droit d'accroître, ou plutôt de non décroître, lesquelles sont réputées être toujours demeurées au défunt, et n'être jamais parties de lui, selon les maximes de la jurisprudence romaine, fondee en très grande raison ».

IV. L'action en remploi des propres de la femme aliénés pendant la communauté, tombe-t-il dans le Legs universel que la femme elle-même a fait au mari ?

La négative a été adoptée par un arrêt du parlement de Paris du 12 août 1677, qui est rapporté au *Journal des audiences*. — On disait pour le mari, que l'action en remploi était mobilière, et que par conséquent elle devait entrer dans la donation de tous les meubles et acquêts. — « Mais on répondait (disent les rédacteurs du recueil cité), que quand on dit que l'action de remploi est une action mobilière, cela est bon à l'égard des héritiers de la femme, mais non pas pour dire qu'un mari qui avait fait vendre tous les propres de sa femme, puisse faire entrer dans un Legs universel de tous meubles et acquêts, le remploi des propres aliénés. Si cela avait lieu, il arriverait qu'un mari dépouil-

Source : BIU Cujas

lerait, par de semblables dons, les héritiers de la femme, non seulement des meubles et acquêts, mais aussi de tous les propres, en faisant que la femme les aliénât et vendît pendant le mariage ».

Malgré ces considérations et l'autorité de l'arrêt qui les a adoptées, on juge aujourd'hui que, toute circonstance à part, le Legs universel opère dans la personne du conjoint à qui il est fait, la confusion de la dette du remploi dont il était tenu.

C'est ce qui a été décidé, notamment dans la coutume de Montdidier, par un arrêt du 29 décembre 1739, rendu à la grand'chambre du parlement de Paris, sur les conclusions de M. Joly de Fleury, avocat général. — La contestation était entre le sieur Gambard, docteur en médecine à Montdidier, et les parens collatéraux de Madeleine Sonnet, son épouse. — Le sieur Gambard soutenait que l'action en remploi des propres de sa femme, aliénés pendant la communauté, était comprise en entier, comme une chose mobilière, dans le Legs universel qu'elle lui avait fait de tous ses meubles, effets mobiliers, acquêts, conquêts, et du tiers de ses propres, suivant la faculté qui lui en était accordée par la coutume. — Les héritiers de la dame Gambard prétendaient au contraire que cette action en remploi ne devait entrer dans le Legs universel que pour une partie, c'est-à-dire, jusqu'à concurrence de la portion dont elle avait pu disposer de ses propres réels. — Sur cette contestation, sentence des requêtes du palais, qui juge en faveur du sieur Gambard. — Appel. Pour les héritiers, on invoquait la note célèbre de Dumoulin : *hoc est indistinctè verum contra maritum, non respectu aliorum ;* et l'arrêt du 12 août 1677, dont nous venons de parler. — « Mais, répondait le sieur Gambard, 1° il est certain que l'action en remploi ayant pour objet la répétition de purs deniers, est de sa nature mobilière : *actio ad mobile consequendum est mobilis.* — La simple stipulation de remploi n'a que deux effets : le premier, de réaliser les deniers provenus des propres aliénés, pour les exclure de la communauté, et empêcher à jamais le mari d'y prendre part *jure communionis;* le second, d'empêcher le mari d'y succéder comme héritier mobilier de ses enfans. — Mais l'action en remploi n'est point *propre de disposition* par sa nature ; et elle ne le peut devenir fictivement que par l'effet d'une clause expresse et formelle. — 2° L'art. 3 de la coutume de Montdidier fait marcher les conjoints d'un pas égal avec les étrangers ; elle leur accorde la même capacité de disposer en faveur l'un de l'autre ; ainsi, nul doute que tout ce qui est disponible relativement aux étrangers, ne le soit également entre conjoints. Or, il est incontestable que la dame Gambard aurait pu disposer de la totalité de l'action en remploi de ses propres, en faveur d'un étranger ; elle a donc pu le faire au profit de son mari. — 3° Tous les auteurs reconnaissent que cette note de Dumoulin, *hoc est indistinctè verum contra maritum, non respectu aliorum*, est limitée à la succession et à la communauté ; et qu'elle ne s'étend pas jusqu'à la disposition. Tel est singulièrement le langage de Renusson, *des propres*, ch. 4, sect. 6, et ch. 6, sect. 2 ; de Ricard, *des donations*, part. 3, n. 1429 et 1430 ; et de Lebrun, *des successions*, liv. 2, ch. 1, n. 60. — C'est aussi ce qui a été jugé par plusieurs anciens arrêts que rapportent Ricard et Renusson aux endroits cités ; par un arrêt du 27 août 1695, qui est inséré dans le Journal des audiences ; enfin, par un arrêt récent du 17 février 1730, au rapport de M. de Montgeron, dans la coutume de Montdidier, en faveur de sieur Roche, légataire universel de Madeleine Flamand. Ce dernier arrêt, en infirmant une sentence du bailliage de Montdidier, a débouté les héritiers de leur demande à fin de remploi des propres de la femme, aliénés pendant le mariage. — Au reste, si le sieur Gambard avait fait le remploi des propres de sa femme, cela n'aurait produit qu'un acquêt dont elle aurait pu pareillement disposer en sa faveur ». — Sur ces moyens respectifs, arrêt du 29 décembre 1739, qui met l'appellation au néant.

Peut-être opposera-t-on l'arrêt qui a été rendu dans la coutume de Douai le 3 août 1780, au rapport de M. Franqueville de Bourlon. — Cet arrêt en effet a jugé, en confirmant une sentence de la gouvernance de Douai du 2 mai précédent, que les héritiers de Jacques Franquenelle, légataire universel des meubles et actions mobilières de Marie-Claire Gaquer, son épouse, étaient tenus de restituer aux héritiers de celle-ci le prix des propres de son côté qui avaient été aliénés, tant dans la coutume d'Artois, prohibitive des avantages entre conjoints, que dans celle de Douai, qui autorise ces avantages. — Mais le cas était particulier ; en voici les détails : — Le 22 août 1744, contrat de mariage portant que « les biens immeubles, terres, maisons et héritages tenus en échevinage ou autrement, ensemble les lettres de rente portées en mariage par la future épouse, et tous tels autres semblables biens qui pourraient succéder et échoir aux futurs conjoints pendant le mariage, leur seront et demeureront respectivement propres, et aux leurs de leur estoc, côté et ligne, si avant qu'autrement ils n'en auront disposé ». — Le 26 octobre 1769, testament de la dame Franquenelle. Elle lègue à son mari « tous ses meubles, or, argent, argenterie, avec toutes ses dettes actives, droits, noms, raisons et actions, et aussi l'usufruit, sa vie durant, de tous les biens immeubles, terres, maisons, héritages et lettres de rente qu'elle délaissera à son trépas, de telle nature, condition et situation qu'ils soient... ; entendant que s'il arrivait *qu'elle vînt à vendre ou à aliéner quelque partie de ses biens, les deniers en procédans fussent remployés par sondit mari au profit de ses héritiers*, au cas qu'ils ne l'eussent pas été de son vivant, à charge néanmoins de l'usufruit à sondit mari, comme dessus ». — Le 5 décembre suivant, vente de différens propres de la dame Franquenelle, qui produit près de 40,000 livres. — Le 22 janvier 1770, codicille par lequel la dame Franquenelle déclare, entre

Source : BIU Cujas

autres choses, que le remploi de cette somme a été fait *à son entier appaisement*. — Mort de la testatrice, suivie, en 1782, de celle de son mari. — En ce moment, procès entre les héritiers respectifs sur le remploi qui reste à faire des biens vendus avant et depuis le testament du 26 octobre 1769. — Les héritiers de la femme emploient deux moyens. Dans le droit, disent-ils, l'action en remploi, quoique mobilière, ne tombe pas dans le Legs universel que fait à son conjoint celui à qui elle appartient. Dans le fait, le testament prouve que la dame Franquenelle a toujours eu l'intention de nous conserver cette action, et qu'en donnant à son mari l'universalité de ses meubles et dettes actives, elle n'a pas entendu y comprendre les biens qu'une aliénation faite par convenance aurait convertis en meubles. — C'est sur ces deux raisons qu'a été rendu l'arrêt cité. Si celle de droit avait été isolée, les héritiers du sieur Franquenelle l'auraient pulvérisée fort aisément; mais celle de fait était inexpugnable.

§. III. *Questions sur l'interprétation des Legs particuliers.*

C'est sur les Legs particuliers que s'élèvent le plus grand nombre des questions de volonté dont les dispositions testamentaires sont comme le siège.

I. Lorsqu'un testateur lègue un bien dont il n'est que copropriétaire par indivis, est-il censé donner le tout, ou seulement la part qui lui appartient? La loi 5, §. 1 et 2, D. *de legatis* 1°, s'explique là-dessus dans les termes les plus formels: « Labéon dit: Lorsqu'un Legs est fait de cette manière: *j'ordonne à celui qui sera mon héritier à ma mort, de donner telle chose*, et que cette chose est commune entre le testateur et un tiers, l'héritier en doit la totalité, suivant Trebatius: mais Cassius soutient que la portion du défunt est seule due; et cette opinion est la plus vraie. — Le Legs d'un fonds commun que le testateur a appelé *mien*, sans désigner la partie dont il entendait disposer, ne vaut que pour sa portion ».

La loi 30, §. 4, D. *de legatis* 3°, confirme cette décision: « Un particulier avait acheté par mon ordre un fonds pour lui et pour moi; il l'avait divisé en deux parties égales par des bornes; et avant de me faire la tradition de ma part, il vous l'a légué en ces termes: *Je donne mon champ à un tel.* Ce Legs ne vous donne droit qu'à la part de mon associé, parceqn'il n'est pas vraisemblable que le testateur ait eu l'intention de tester d'une manière à faire retomber sur son héritier l'action de mandat que j'avais contre lui ».

C'est dans ce sens qu'il faut entendre la loi 74 du même titre: « Si quelqu'un (porte-t-elle), lègue *ses* esclaves, ceux dont il n'a la propriété que par indivis avec des tiers, sont aussi compris dans le Legs ». Il est clair, d'après les deux lois précédentes, que les esclaves dont parle celle-ci, ne sont pas compris en totalité dans le Legs, et qu'ils ne le sont que jusqu'à concurrence de la portion pour laquelle ils appartiennent au testateur.

En vain objecterait-on que [[dans le droit romain]], le Legs d'une chose qui appartient entièrement à autrui, vaut pour le tout; et qu'ainsi, il devrait à plus forte raison en être de même du Legs d'une chose qui appartient en partie au testateur.

Cette objection trouve sa réponse dans un principe développé ci-dessus, §. 1, n. 4. — Lorsqu'un Legs a pour objet un bien sur lequel le défunt n'avait aucun droit, il faut qu'il vaille pour le tout, ou qu'il soit entièrement nul: or, nous l'avons déjà dit, quand on ne peut pas ménager les intérêts de l'héritier sans anéantir toute la disposition du testateur, les lois veulent que, dans le doute, le légataire soit préféré. Rien donc de surprenant si le Legs de la chose d'autrui doit être exécuté dans toute son étendue. — Il en est tout autrement du Legs d'une chose commune: ce n'est pas pour anéantir et détruire la volonté du testateur, qu'on examine l'effet que doit avoir un pareil legs, c'est uniquement pour la renfermer dans certaines bornes; il est alors bien naturel de croire qu'il n'a voulu léguer que ce qu'il possédait; et la qualité d'héritier doit reprendre toute la prépondérance qui lui est due, dans ces sortes de cas, sur celle de légataire. — La loi 24, D. *de instructo*, justifie clairement cette interprétation: « Un testateur avait une métairie qu'il louait; il l'a léguée avec les ustensiles qui s'y trouvaient: ce Legs, suivant Paul, comprend les ustensiles qui appartiennent au fermier. Mais cette décision est-elle vraie? Doit-on étendre le Legs aux ustensiles du fermier, ou le borner à ceux du testateur? C'est à ce dernier parti qu'il faut se tenir, à moins que le testateur n'eût eu aucun ustensile dans sa métairie ».

La loi 16, §. 3, D. *de alimentis legatis*, trouve naturellement ici sa place; en voici les termes: « Un homme qui avait été pendant plus de 40 ans en société de tous biens avec sa femme, l'a instituée héritière conjointement avec son petit-fils, chacun pour une moitié, et il a fait un Legs conçu en cette forme: *Item, je lègue à mes affranchis, à qui j'ai donné la liberté de mon vivant, les mêmes choses que je leur fournissais.* On a demandé si les esclaves qui avaient reçu la liberté pendant la durée de la société universelle, et qui, par ce moyen, étaient devenus des affranchis communs aux deux époux, pouvaient, en vertu de leur Legs, demander la totalité des mêmes choses que le testateur leur avait fournies; et il a été décidé qu'ils ne pouvaient les exiger que jusqu'à concurrence de la part pour laquelle celui-ci contribuait dans ces prestations. »

Ne peut-on pas conclure de ces différens textes, que le Legs d'un meuble ou d'un conquêt de communauté ne doit valoir que pour la portion du testateur dans l'effet légué?

Source : BIU Cujas

Cela ne paraît devoir souffrir aucune espèce de difficulté : cependant Lebrun décide le contraire : « Le mari (dit-il), ayant légué des conquêts par testament, le légataire qui est évincé de moitié, en doit-il avoir récompense? Il faut distinguer : car si le mari ayant pour 40,000 liv. de conquêts, où il doit avoir moitié, dispose d'un seul conquêt, comme d'une maison de la valeur de 2,000 livres; ou il faut faire tomber cette maison dans son lot, pour la livrer au légataire, ou il faut le récompenser par d'autres effets. Mais si, en ce même cas, le mari lègue un effet de 25,000 liv., c'est alors qu'on peut demander si le Legs est nul, en ce qu'il excède les 20,000 livres que le testateur avait droit de prendre dans la communauté? Et on a passé dans l'usage, qu'il n'y avait point de nullité dans le Legs, et même que, supposé qu'on évinçât le légataire, il lui était dû récompense sur le quint des propres, ou sur telle autre quotité dont la coutume permet de disposer. La raison qu'on en a dite, est que le mari a disposé en cela de choses dont il était déjà en possession de son vivant, et qui étaient les fruits de son travail, mais qu'il savait parfaitement ne lui pas appartenir pour le tout; d'où on conclut qu'il a entendu que son légataire serait récompensé. . . . . »

On cite communément deux arrêts à l'appui de cette doctrine. — Le premier nous est retracé en ces termes par Lebrun : « On a jugé qu'un mari ayant légué la moitié de sa maison et la moitié de ses meubles, et la maison étant un conquêt de sa communauté, il appartenait au légataire une moitié dans la maison et dans les meubles, et non pas un quart seulement. L'arrêt est du 8 février 1624 ». — Mais il faudrait être bien prévenu en faveur du sentiment de Lebrun, pour croire que cet arrêt l'ait confirmé. Qu'avait fait le mari dans l'espèce sur laquelle il est intervenu? Il avait restreint son Legs à la part que la coutume lui assignait dans le bien acquis en communauté; il était donc juste que ce Legs fût au moins exécuté jusqu'à cette concurrence. — Le second arrêt est mieux appliqué; c'est l'Epine de Grainville qui le rapporte : « Jugé (à la quatrième chambre des enquêtes, le 1er février 1729), qu'un Legs fait par un mari d'un conquêt de communauté, dans le cas même du don mutuel, est valable; il vaut premièrement pour la propriété de la moitié qui appartient aux héritiers du mari; et ces mêmes héritiers sont tenus de pourvoir à l'indemnité de la veuve ou du légataire par rapport à l'usufruit. Et ils doivent l'estimation de l'autre moitié qui appartient à la veuve comme commune, si elle ne veut pas le céder. *Res heredis, vel etiam aliena legari potest* ».

Cette décision n'a, comme on le voit, d'autre fondement que la confusion du Legs d'un bien d'autrui avec le Legs d'un bien commun. Nous avons prouvé, par les textes les plus clairs, qu'il existe une différence très sensible entre ces deux espèces de dispositions; et la loi 16, §. 3, D. *de alimentis legatis*, fait voir que les principes établis par rapport aux Legs de biens communs entre deux ou plusieurs étrangers, s'appliquent aussi aux Legs de biens communs entre un mari et sa femme. D'après cela, il est, ce semble, permis de croire que l'arrêt dont nous venons de rendre compte, ne fera pas jurisprudence, et que tôt ou tard on reviendra aux véritables maximes.

Cet arrêt serait cependant exact dans la coutume d'Amiens : « Si l'un des deux conjoints par mariage (porte-t-elle, art. 63), fait un Legs de quelque espèce de meubles, tel Legs doit avoir lieu pour le total de ladite espèce, combien que la moitié dût appartenir au survivant : mais les héritiers du testateur sont tenus de récompenser ledit survivant de la moitié dudit meuble ». — On trouve la même disposition dans la coutume de Vermandois, art. 66.—*V.* ci-après, n. 21.

II. Un testateur lègue un fonds qu'il tient en emphytéose : sa disposition est-elle bornée au domaine utile de ce bien, ou en comprend-elle aussi la propriété directe? Voici ce que répond la loi 71, §. 5 et 6, D. *de legatis* 1° : « Un fonds tenu en emphytéose d'une communauté d'habitans, peut-il être légué valablement à cette même communauté, et peut-elle être admise à la demande d'un pareil Legs? C'est ce qu'il faut examiner; et Julien a dit, qu'encore que le fonds appartienne aux habitans, le Legs que le testateur en a fait, ne laisse pas de valoir jusqu'à concurrence du droit qu'il avait sur ce bien.— Et si le défunt avait légué à un particulier, au lieu d'en disposer en faveur de ceux dont il le tient, le Legs n'aurait pas lieu pour la pleine propriété du fonds, mais seulement pour le droit qu'on a dans de pareilles possessions. »

III. Je lègue à Titius un fonds qui doit une servitude réelle à un tiers : mon héritier sera-t-il obligé d'acheter l'extinction de cette servitude, pour livrer le bien franc et libre au légataire? La loi 66, §. 6, D. *de legatis* 2°, aux mots *non idem placuit de cæteris servitutibus*, décide que non.

Mais cette décision aurait-elle lieu, si c'était à l'héritier chargé de la prestation du Legs, que fût due la servitude réelle? L'affirmative est clairement établie par la loi 70, D. *de legatis* 1° : « Si l'esclave de Titius m'a volé, et qu'ensuite Titius vous l'ait légué en m'instituant héritier, il est juste que cet esclave vous soit livré (*noxæ deditus*) dans l'état où il était entre les mains de Titius, c'est-à-dire, avec la charge de m'indemniser du vol qu'il m'a fait, lorsqu'il appartenait à Titius : — Car si vous étiez légataire d'un fonds qui était soumis à une servitude envers le mien, je ne serais obligé de vous en faire la délivrance que sous la condition de rentrer en possession de cette servitude ».

La raison de toutes ces décisions est que le testateur qui a quelque droit dans la chose qu'il lègue, n'est censé donner que ce droit; et c'est, comme on le voit, une conséquence naturelle du principe, qu'on doit plus favoriser l'héritier que le légataire, toutes les fois qu'il ne s'agit pas de

Source : BIU Cujas

détruire la volonté du défunt, mais seulement d'en restreindre les effets.

IV. Ce que nous venons de dire des servitudes réelles, s'applique sans difficulté aux autres charges foncières, telles qu'une redevance emphytéotique, un cens, etc. C'est ce que nous avons établi au mot *Légataire*, §. 7, art. 2, n. 5. Mais en est-il de même des servitudes personnelles, comme l'usufruit, l'usage, l'habitation?

Le droit romain ne laisse aucun doute sur la négative. Ecoutons le jurisconsulte Papinien dans la loi 66, §. 6, D. *de legatis* 2°: « Vous me léguez un fonds dont l'usufruit appartient à un étranger: je serai en droit de contraindre votre héritier à me procurer la propriété pleine et entière de ce bien; car quoique l'usufruit soit plutôt un droit qu'une partie du fonds, il ne laisse pas d'en faire tout le profit.... Mais il en est autrement des servitudes réelles ».

Cette décision doit-elle être suivie dans nos mœurs? Le parlement de Paris l'a adoptée, en ordonnant, par l'arrêt du 1er février 1729, rapporté ci-devant, n. 1, que les héritiers d'un mari qui avait légué un conquêt soumis à l'usufruit résultant du don mutuel, seraient « tenus de pourvoir à l'indemnité du légataire ou de la veuve par rapport à l'usufruit »: du légataire, au cas qu'ils ne pussent pas obtenir le rachat de ce droit à des conditions raisonnables, et qu'il fallût le donner en estimation; de la veuve, au cas qu'elle consentît à leur vendre son usufruit, pour les mettre à même de le fournir en nature au légataire.

Cependant Ricard, et, après lui, Serres, prétendent que cette jurisprudence ne doit pas être observée parmi nous; et il paraît par ce que dit Grœnewghen, *de legibus abrogatis*, sur la loi citée, qu'elle ne l'est plus depuis long-temps dans les Pays-Bas. « Puisque nous ne sommes pas obligés absolument à la décision des lois romaines (dit le premier des auteurs cités), j'ouvrirai mon sentiment avec liberté, et dirai que j'ai de la peine à me rendre à cette résolution..... Car, quoiqu'il soit vrai que l'usufruit fasse partie de l'héritage, ou du moins de l'émolument, cela est bon dans la rigueur et dans une dispute de critique, où on s'attache particulièrement à la propre signification des mots...; et de fait, le même jurisconsulte, dans la suite de la loi, décide, qu'à l'égard des autres charges réelles, elles font diminution de la chose léguée, et toutefois je ne vois pas de différence pour ce regard entre l'usufruit et une charge réelle, si ce n'est que la charge et la servitude réelle fait bien plutôt une partie de l'héritage, que non pas l'usufruit; étant certain que celui qui a un droit réel sur un fonds, en est propriétaire jusqu'à concurrence de son droit ».

V. La maxime que le testateur n'est pas censé, dans le doute, léguer plus de droit qu'il n'en avait lui-même, s'applique dans toute son étendue au Legs de choses litigieuses. L'effet d'une pareille disposition dépend de l'évènement du procès: s'il vient à être jugé que le défunt était propriétaire du bien revendiqué par lui ou contre lui, le légataire doit en avoir la délivrance; si au contraire on décide en faveur de la partie adverse, le légataire n'aura rien à prétendre. C'est ce qu'établit formellement le ch. 1 de la novelle 112 (1), et c'est avec cette distinction qu'il faut entendre la loi 4, C. *de litigiosis*.

VI. Mais est-ce à l'héritier ou bien au légataire à faire juger le procès? Voici la réponse de Furgole: « Il est clair que le procès peut être repris et continué contre le légataire par celui qui avait intenté l'action *rei vendicationis* contre le défunt, parceque la chose ne peut avoir passé sur la tête du légataire qu'avec la charge du procès; à raison duquel le légataire, possesseur actuel, est légitime contradicteur, et tenu d'ailleurs de l'action réelle, qui ne peut être intentée que contre le possesseur.... Et si l'action était intentée contre les héritiers du testateur, ils devraient être absous, comme n'étant plus possesseurs, suivant la loi 42 et la loi 52, D. *de rei vendicatione* ».

Mais cet auteur confond ici deux cas très différens. Sans doute, l'héritier ne serait pas tenu de défendre à une action réelle qui ne serait intentée contre le légataire qu'après la mort du testateur; c'est la disposition des deux lois citées: mais l'héritier, quoi qu'en dise Furgole, est obligé de reprendre et de faire juger le procès qu'il a trouvé entamé, et dont le défunt a légué l'évènement. La loi 3, C. *de litigiosis*, le décide ainsi dans les termes les plus clairs: *Eandem litem ipsi heredes peragant, suarum actionum periculo ea quæ litigiosa fuerant relicta vendicantes.*—La même chose résulte de la novelle 112: si cette loi parle du gain ou de la perte du procès que le défunt a laissé ouvert, c'est pour ou contre l'héritier qu'elle suppose le jugement rendu: *Si quidem heres judiciali sententiâ dominus earum fuerit demonstratus, tunc legatarius quod ei relictum est modis omnibus consequatur. Si verò heres in judicio victus extiterit, etc.* Et ce qui achève de démontrer qu'elle charge l'héritier seul de tout le fardeau du procès, c'est la faculté qu'elle accorde au légataire d'intervenir dans la cause, pour empêcher qu'on ne lui préjudicie par collusion ou négligence; *undè damus licentiam legatario, si hoc prodesse sibi putaverit, litis participem fieri, ut ne aliquam fortè negligentiam seu proditionem heredi possit objicere.*

Enfin, c'est ce qui a été jugé par un arrêt du

(1) *Decernimus ut si contigerit unum pro tali causâ litigantem ab humano consortio recedentem, per ultimam voluntatem res aliquas de quibus dominii dubitatio vertitur, legati nomine cuicumque relinquere: si quidem heres judiciali sententiâ dominus earum fuerit demonstratus, tunc legatarius quod ei relictum est modis omnibus consequatur. Si verò heres in judicio victus extiterit, non habeat legatarius licentiam aliam rem pro eodem legato heredem exigere: quoniam sciens testator rem litigiosam esse, litis eventum legatario dereliquit.*

Source : BIU Cujas

parlement de Flandre. — Denis de La Hamaide avait deux frères, Pierre de La Hamaide de Warnave, et François-Joseph de La Hamaide de Soubrechies. Par son testament du 28 juin 1691, il institue celui-ci héritier universel, et déclare que « pour ce qui concerne la terre et seigneurie de Lusignies dont il a intenté le retrait à la cour souveraine de Mons, en cas que ledit retrait lui en soit adjugé, il la laisse à Pierre de La Hamaide de Warnave, son frère aîné. » Le testateur étant mort sans que l'instance en retrait soit terminée, l'héritier qui n'a aucun intérêt à la réprendre, demeure dans le silence et l'inaction pendant plusieurs années : mais son frère se pourvoit pour le faire condamner à poursuivre le jugement en sa présence ; et, le 23 juillet 1697, arrêt qui l'ordonne ainsi.

VII. Lorsqu'un testateur lègue une créance dont il détermine le montant, et que le débiteur n'en est tenu ou ne peut la payer qu'en partie, le légataire peut-il obliger l'héritier de lui fournir le surplus ? Si je lègue dix mesures de vin de tel tonneau, ou les fruits d'un tel champ, et que le tonneau contienne moins de dix mesures, ou que le champ ne produise pas de fruits, quel sera l'effet de ma disposition ? Vous me léguez une rente de deux cents livres que vous dites avoir sur l'État, et cette rente est de cent écus : pourrai-je en prétendre la totalité, ou serai-je borné à la partie que vous avez exprimée ? — Toutes ces questions se réduisent, comme on le voit, à celle-ci : dans quels cas le Legs fait par *assignat* est-il *limitatif*, dans quels cas est-il *démonstratif* ? question très ardue et très épineuse que nous avons déjà effleurée dans la seconde section de cet article, et qu'il est important d'approfondir ici.

Les docteurs nous donnent plusieurs règles pour juger de la qualité d'un Legs et de la nature d'un assignat.

La première est une distinction imaginée par un attachement servile à l'écorce et à l'arrangement des mots. Si l'assignat, disent quelques auteurs, est écrit le premier dans le testament, le Legs est limitatif ; si au contraire il n'est écrit que dans le second membre de la phrase, le Legs est fait par simple démonstration. — On sent qu'une pareille distinction est plus digne d'un grammairien que d'un jurisconsulte, et que, loin d'aider à pénétrer l'intention du testateur, elle n'aboutirait souvent qu'à la contrarier.

La seconde règle est plus raisonnable : c'est à Barthole que nous la devons ; Dumoulin l'a adoptée, et Loyseau, qui a traité cette matière avec plus de solidité que tous les autres auteurs, la regarde comme une grande ressource dans l'interprétation des Legs. Il faut, disent ces jurisconsultes, et, après eux, M. d'Aguesseau, « il faut distinguer entre ces deux cas différens : ou le corps certain, qui est le sujet de la contestation, est placé dans la substance même du Legs, dans les termes énergiques qui contiennent la disposition, et alors le testateur est censé avoir voulu limiter sa libéralité en la réduisant à ce corps unique, qui a été le premier objet de ses intentions ; ou le corps certain au contraire ne se trouve point dans le Legs, dans la disposition même, mais dans la clause qui concerne l'exécution du Legs, qui indique la manière de le payer ; et en ce cas, tous les docteurs décident unanimement que ce corps certain dont le testateur a parlé, ne forme point une condition nécessaire ; que ce n'est qu'une démonstration favorable, faite par le testateur pour apprendre à son héritier ou à son légataire, et peut-être à tous les deux, en quelle nature d'effets sa volonté pourra être plus facilement accomplie ».

Cette distinction est fondée sur les textes les plus clairs et les plus formels : la loi 108, §. 10, D. *de legatis* 1°, et la loi 8, §. 2, D. *de legatis* 2°, en confirment le premier membre ; le second est justifié par la loi 96, D. *de legatis* 1°, et par la loi 27, §. 2, D. *de legatis* 3°.

La jurisprudence des cours souveraines vient à l'appui de ces textes. Un mari lègue à sa femme tout le profit qu'il a fait pendant le mariage dans l'administration d'un *cabal*, et qu'il croit revenir à 7,200 liv. Ce cabal est estimé après la mort du testateur, et se trouve au-dessous de la valeur indiquée par le testament. La femme damande le surplus aux héritiers ; mais, par arrêt du parlement de Toulouse, du 2 septembre 1613, elle est déboutée de sa prétention.

Par un autre arrêt rendu au parlement d'Aix, le 12 mars 1652, et rapporté par Boniface, il a été jugé que le Legs d'une somme certaine *étant dans un coffre* désigné par le testateur, ne comprend que ce qui se trouve dans le coffre ; en sorte que si toute la somme n'y est pas, l'héritier n'est tenu d'aucun supplément.

Le même auteur cite un troisième arrêt, du 23 janvier 1671, par lequel le parlement d'Aix a encore jugé que le Legs fait à un hôpital, d'une rente de 300 livres, due à la testatrice par une confrérie devenue insolvable après sa mort, ne pouvait pas être demandé sur les autres biens qu'elle avait laissés à ses héritiers.

Le Journal du palais nous en fournit un quatrième du 1er septembre 1681, dont voici l'espèce : — Le sieur de Souillac de Montmège lègue à la dame de Peyraux sa sœur, *la somme de 40,000 l., à lui due par les trésoriers de l'extraordinaire des guerres, Charron, Le Clerc et Barbe, qu'il veut et entend qu'elle retire.* Ce sont les termes du testament. — Après la mort du testateur, quelques uns de ses créanciers font saisir entre les mains des débiteurs, la somme de 40,000 liv. dont on vient de voir qu'il avait disposé au profit de sa sœur. — Le comte de Montmège, héritier institué, fait toutes les diligences nécessaires pour obtenir le paiement de cette somme. — De leur côté, les trésoriers de l'extraordinaire des guerres, accablés de dettes, et harcelés par une foule de créanciers, sollicitent des arrêts de surséance : le conseil leur

Source : BIU Cujas

en accorde autant qu'ils en demandent ; et par-là ils fatiguent tellement leurs créanciers, qu'ils les réduisent tous à la nécessité de souscrire à un accommodement par lequel ils sacrifient une partie de leurs créances. — Le comte de Montmège est obligé, comme les autres, de souffrir une réduction considérable ; et au lieu de 40,000 liv., on ne lui en paye que 27,000, qui sont touchées par les créanciers saisissans. — Les choses en cet état, la dame de Peyraux, qui avait demandé la délivrance de son Legs, obtient au châtelet une sentence par défaut, du 27 avril 1667, par laquelle le comte de Montmège, faute d'avoir fait lever la saisie pratiquée entre les mains des trésoriers de l'extraordinaire des guerres, est condamné, en son propre et privé nom, à lui payer la somme de 40,000 livres avec intérêts. — Le comte de Montmège interjette appel de cette sentence. — « Ce qui formait la difficulté (disent les rédacteurs du recueil cité), est qu'on prétendait, de la part du comte de Montmège, qu'il n'était point garant des 40,000 livres léguées par le testament, et que tout ce que pouvait légitimement espérer la dame de Peyraux, légataire, était les 27,000 liv. pour lesquelles on avait composé avec les trésoriers de l'extraordinaire des guerres, par la transaction faite avec tous leurs créanciers ; qu'en un mot, le Legs, de la manière qu'il était conçu, n'était pas un Legs démonstratif de la somme de 40,000 livres, mais un Legs taxatif et limitatif aux 40,000 livres dues par les trésoriers de l'extraordinaire des guerres.... Sur les raisons alléguées de part et d'autre, est intervenu arrêt au rapport de M. Hervé, le premier septembre 1681, par lequel l'appellation et ce ont été mis au néant ; et en conséquence, le sieur comte de Montmège condamné seulement, suivant ses offres, à payer à la dame de Peyraux la somme de 27,000 livres, par lui reçue des trésoriers de l'extraordinaire des guerres, et aux intérêts des jours des paiemens ».

Il existe un arrêt semblable, quoique dans le cas inverse, du parlement de Flandre du 21 janvier 1703. Voici le sommaire qu'en donne le président Desjaunaux, à la tête du chapitre où il en rapporte les circonstances : « Mévius lègue par son testament à Caïus la rente de 1600 florins que lui doit Seïus : Seïus ne doit point de rente de 1600 florins, mais en doit une de 1800 florins. L'héritier sera obligé de fournir la rente entière que doit Seïus ».

Ces cinq arrêts prononcent, comme on le voit, sur des espèces où l'assignat était placé dans la substance même du Legs ; et par cette raison, ils le déclarent limitatif. — En voici d'autres qui, prenant toujours la distinction proposée pour boussole, ont jugé le Legs simplement démonstratif, parcequ'il était placé, non dans la disposition même, mais dans la clause qui en réglait l'exécution.

Maynard en rapporte deux : l'un, du parlement de Paris, du 13 juillet 1568 ; l'autre, du parlement de Toulouse, du mois de juin 1555. — Dans l'espèce du premier, le testateur avait légué à une fille une somme à prendre sur une plus grande qui lui était due par un particulier : l'héritier assigné en délivrance offrait de céder la dette à la légataire jusqu'à la concurrence du Legs : mais la cour a rejeté cette offre, et condamné l'héritier au paiement de la somme léguée. — L'espèce du second arrêt était la même, sauf qu'il s'agissait d'un Legs fait à un domestique.

Nous en trouvons un troisième dans le *Traité des donations de* Ricard : « La cour (dit cet auteur), a jugé par arrêt de la grand'chambre, le 26 mars 1615, conformément aux conclusions de M. l'avocat général Servin, au profit de l'hôtel-dieu d'Orléans, que le Legs fait par un testateur des acquisitions qu'il avait faites et qu'il ferait à l'avenir, mentionnées dans son papier-journal, comprenait tous les acquêts qu'il avait faits, même ceux dont il n'avait pas fait mention dans son journal ».

Voici l'espèce d'un quatrième arrêt qui a été rendu le 10 janvier 1645. Le sieur de Maurepas lègue aux capucins d'Amiens une somme de 3000 l. *à prendre* sur une rente que lui doit le nommé Chanlatte : dans la suite, il vend cette rente, mais ne révoque point le Legs. Après sa mort, les capucins demandent les mille écus que le testateur leur a laissés : on leur oppose l'aliénation de la rente sur laquelle devait être fait le paiement de cette somme ; mais l'arrêt cité condamne les héritiers à la leur payer.

Le supplément du Journal des audiences, dans lequel on trouve cet arrêt, nous en retrace un cinquième du 11 avril 1647 ; la question y est proposée en ces termes : « Si le Legs d'une somme à prendre sur une plus grande due au testateur, est limitatif ou démonstratif ». Voici la décision : « un tel Legs fait par un nommé Godefroy au nomme Legrand, fut jugé simplement démonstratif, par arrêt du 11 avril 1647, confirmatif d'une sentence des requêtes du palais ».

Sixième arrêt du 7 février 1650. — « Pocquelin avait fait un Legs de 1200 livres aux Augustins réformés de Paris, à prendre, savoir, 800 liv. sur une obligation de 3000 livres à lui due par un particulier ; et il avait ajouté, que le surplus serait payé sur le plus clair des biens de sa succession ; ce qui semblait restreindre et limiter les 800 liv. léguées, à la dette. Cependant le débiteur sur lequel les 800 livres étaient assignées, se trouvant insolvable, les héritiers furent condamnés, par arrêt, à payer non seulement les 400 livres, mais encore les 800 livres sur tous les biens de la succession ». C'est ainsi que s'expriment les rédacteurs du Journal du palais, tome 1, page 711.

Les mêmes auteurs nous ont conservé un septième arrêt rendu dans cette espèce. — Le marquis de La Bosse avait fait à l'hôtel-dieu de Beauvais un Legs ainsi conçu : *Donne le testateur à l'hôtel-dieu de Beauvais la somme de* 30,000 *livres* A PRENDRE *sur ce qui lui pourra être adjugé sur les biens de la*

Source : BIU Cujas

succession de Jean Moniot, son débiteur. La succession de Moniot s'étant trouvée insolvable, l'héritier bénéficiaire prétendit n'être point tenu d'acquitter le Legs. De leur côté, les administrateurs de l'hôtel-dieu de Beauvais soutinrent que ce Legs n'étant point limitatif, mais seulement démonstratif, ils avaient droit, au défaut de l'assignat désigné par le défunt, d'en demander le paiement sur les autres biens qu'il avait laissés : et il a été ainsi jugé par arrêt du 31 août 1675.

Il y a un huitième arrêt du 15 mai 1686, rapporté dans Boniface, et par lequel le parlement d'Aix a jugé que le Legs d'une pension annuelle et perpétuelle de 600 livres, sur le capital de 12,000 livres, due au testateur par un particulier, devait être payé par l'héritier, au cas d'insolvabilité du débiteur.

Neuvième arrêt du premier juillet 1698, rapporté par Brillon. Un homme lègue à une église une rente à prendre sur une maison qu'il désigne. La maison tombe en ruine ; les héritiers prétendent n'être plus assujettis à la rente : mais l'arrêt les condamne à en continuer le paiement.

Dixième arrêt du 7 mars 1702, rendu au grand conseil, sur les conclusions de M. de Saint-Port, en faveur des prêtres de l'oratoire de Montmorency, légataires d'une rente de 60 livres à prendre sur certains héritages. « Il y avait (dit Brillon), une circonstance particulière : la testatrice avait ajouté que les 60 livres ne pourraient être rachetées que par une somme de 1500 livres ; ce qui montrait que son intention était plutôt d'étendre que de restreindre sa libéralité. Une autre circonstance plus précise est que la testatrice avait chargé les mêmes héritages de trois autres Legs, et qu'elle avait stipulé qu'en cas que le prix provenant d'iceux ne pût suffire à l'acquit desdits Legs, les autres biens de la succession y seraient obligés ».

Onzième arrêt (sans date) du parlement de Flandre. « Jugé (dit M. le premier président de Blye), en la cause de Charlotte Dupuich, appelante de la gouvernance de Douai, contre l'avocat Remy, que la clause apposée en un testament en ces termes : *Je lui donne 50 florins de rente sa vie durant, à prendre sur la rente que j'ai à la charge de N.*, ne produisait point limitation du Legs à ladite rente ; que ces mots *à prendre*, mis en l'exécution, n'étaient que démonstratifs ».

Plusieurs auteurs, entre lesquels on remarque Ferrière sur Guypape, et d'Olive, ont soutenu qu'on ne doit point appliquer aux Legs pieux ou alimentaires la distinction entre l'assignat placé dans la disposition, et l'assignat placé dans l'exécution ; et que ces sortes de Legs doivent toujours être réputés démonstratifs dans le premier comme dans le second cas, à moins que le testateur ne les ait délarés expressément limitatifs.

D'Olive confirme cette opinion par un arrêt du parlement de Toulouse, du 28 juin 1630 ; mais il n'en rapporte pas l'espèce précise : ainsi, nulle possibilité de vérifier si la citation qu'il en fait, est exacte. Ferrière se fonde pareillement sur un arrêt du parlement de Grenoble, qui ne prouve rien ; le Legs sur l'espèce duquel il a été rendu était purement démonstratif, puisqu'il consistait dans une redevance de six setiers de blé *à prendre* sur un moulin.

Les lois que citent ces mêmes auteurs, ne sont pas plus favorables à leur sentiment. — Les lois 2, 3 et 8, D. *de alimentis legatis*, sont absolument étrangères à la question. — La loi 12 du même titre est dans le cas d'un Legs démonstratif ; on en jugera par les termes dans lesquels elle est conçue : « Lucius Titius a légué à ses affranchis des pensions alimentaires, et à la fin de son testament il s'est exprimé ainsi : *Je veux que tels et tels fonds soient obligés pour le Legs fait ci-dessus à mes affranchis, afin qu'ils prennent sur les revenus qui en proviendront, les alimens que je leur ai laissés.* On a demandé si les fruits de ces biens ne suffisant pas pour remplir les Legs, on pouvait obliger les héritiers à fournir le supplément, ou si, en cas que les fruits d'une année excédassent le montant de ces mêmes Legs, on devait prendre sur cet excédant de quoi dédommager les légataires de ce qu'ils avaient eu de moins l'année précédente. Le jurisconsulte Paul a répondu : les alimens légués aux affranchis, sont dus en entier ; et le droit d'hypothèque que le testateur a donné aux légataires sur certains fonds, pour en toucher les revenus jusqu'à concurrence de leurs Legs, n'a apporté aucune diminution ni augmentation à ce qu'il leur avait laissé ».

On cite encore la loi 21, §. 3, la loi 23, la loi 24, D. *de annuis legatis*, et la loi 10, D. *de pollicitationibus ;* mais elles n'ont aucune espèce de rapport à la thèse que nous examinons.

On pourrait tirer plus d'avantage de l'opposition qui paraît régner entre la loi 5, D. *de tritico*, et la loi 13 du même titre. Dans l'une, un testateur lègue une certaine quantité des fruits qui croîtront sur son héritage : si le Legs n'est que pour une fois, et que l'héritage ne produise rien l'année qui suit la mort du testateur, le légataire perd son droit. Mais, dit l'autre texte, si le testateur a légué la même quantité annuellement, en sorte que le légataire ait droit de la prendre toute sa vie ; alors il faut compenser la stérilité d'une année avec l'abondance d'une autre ; et quoique la terre ait trompé cette année les espérances du cultivateur, il est tenu de payer le Legs en entier sur les revenus de l'année précédente.

Ne peut-on pas ainsi raisonner d'après ces deux lois ? Le Legs dont il s'agit dans la seconde, est conçu dans la même forme que celui dont parle la première ; dans l'une comme dans l'autre, le testateur ne donne qu'une partie des revenus d'un bien ; donc, dans celle-ci comme dans celle-là, le Legs devrait être regardé comme limitatif : cependant on vient de voir qu'il n'est tel, que lorsqu'il est borné à une année ; et qu'il est démonstratif quand

Source : BIU Cujas

il est annuel. Pourquoi cette différence? C'est que dans ce dernier cas, le Legs est censé fait pour alimens, et qu'il n'en est pas de même dans l'autre.

Ce raisonnement serait sans réplique, si, comme l'ont cru plusieurs auteurs, et même Furgole, qui cependant rejette l'opinion adoptée par Ferrière et d'Olive, la loi 13, D. *de tritico*, déclarait vraiment démonstratif le Legs annuel d'une certaine quantité des fruits à naître d'un héritage. Mais la distinction proposée entre ce texte et la loi 5 du même titre, « empêche-t-elle (dit M. d'Agues-seau), que dans l'un et dans l'autre cas, le Legs ne soit vraiment limitatif? Quel est son effet, si ce n'est que de faire voir que dans un cas le Legs est limité sur une seule année, au lieu que dans l'autre il est limité, comme dit Cujas, sur l'universalité, sur la masse de tous les revenus qui écherront annuellement pendant la vie du légataire? Mais dans ce dernier cas comme dans le premier, on ne donne véritablement qu'un droit borné, un droit restreint, un droit attaché à une certaine espèce de biens; et cependant le Legs est annuel ».

Il en est donc des Legs annuels, soit pieux, soit alimentaires, comme de tous les autres : et nous en trouvons même la preuve dans la loi 38, D. *de usu et usufructu legato*. Un testateur lègue à sa femme les fruits qui proviendront d'une terre pendant sa vie; voilà sans difficulté un Legs qu'on peut regarder comme alimentaire : cependant que décide la loi? Que l'héritier n'est point garant de la valeur des fruits, si ce n'est qu'ils diminuent par sa faute; *respondit si heredis facto minores reditus facti essent, legatarium rectè desiderare quod ob eam rem diminutum sit*. Donc le Legs est véritablement limitatif, puisque toutes les pertes, tous les retranchemens que souffre la chose léguée, ne regardent que le légataire.

On a aussi vu plus haut, qu'un arrêt du 23 janvier 1671 a jugé limitatif un Legs fait à un hôpital, de 300 livres de rente, sur le fondement que l'assignat que le testateur avait donné à ce Legs, n'avait point trait à l'exécution, mais à la disposition même.

Écartons donc des Legs alimentaires et pieux, les prétendus privilèges dont on a voulu les investir en cette matière. « Nos pères (dit Furgole), par une espèce de vénération qui dégénérait en superstition, avaient attribué à la cause pie un nombre infini de privilèges qui n'ont aucun fondement dans le droit. Tiraqueau en a fait un recueil très ample. A présent qu'on examine les choses avec plus d'attention, et qu'on s'attache plus exactement aux règles, on ne considère plus la cause pie avec cette faveur que les anciens auteurs lui avaient attribuée : l'art. 78 de l'ordonnance de 1735 (rapporté ci-devant, sect. 2), nous donne lieu de penser que la cause pie doit être mise au niveau des personnes étrangères, par rapport aux dispositions testamentaires ».

Mais la règle que nous avons tirée de la distinction entre le cas où l'assignat est placé dans la disposition, et celui où il ne se rapporte qu'à l'exécution, cette règle est-elle infaillible, ou ne doit-elle pas au contraire admettre certaines exceptions? Ecoutons Furgole : — « Comme les doutes qui peuvent se former sur les Legs démonstratifs ou limitatifs, dépendent principalement de l'interprétation de la volonté du testateur; cette volonté, qu'il faut rechercher dans les circonstances qui paraissent par le testament, doit être la première règle : et l'on ne doit avoir recours à celles que les lois ont établies, et que nous avons expliquées, que quand les circonstances tirées de la volonté, ne déterminent pas le Legs comme limitatif ou démonstratif ».

C'est sans doute à des circonstances de cette espèce qu'il faut attribuer un arrêt du 19 janvier 1616, rapporté par Ricard. Un testateur, dit-il, avait légué aux cordeliers d'Amiens « 100 livres de rente à prendre en deux parties; savoir, 50 livres sur un apothicaire du lieu, et pareille somme sur le sieur d'Aiglebec. Ce dernier étant devenu insolvable, les cordeliers firent assigner les neveux du défunt, ses héritiers, à ce qu'ils fussent condamnés à leur fournir l'estimation de 50 livres de rente. Le bailli d'Amiens, qui connut de ce différent en première instance, prononça en faveur des légataires. De cette sentence y ayant eu appel en la cour..., intervint arrêt, lequel, en infirmant la sentence, renvoya les héritiers absous de la demande intentée par les cordeliers ».

Ricard ajoute : « J'ai vu pareillement limiter notre proposition générale par un arrêt rendu le 2 avril 1647, dans un cas auquel il paraissait que ce qui avait vraisemblablement porté le testateur à faire le Legs dont il s'agissait, était la qualité de la dette sur laquelle il l'avait assigné ».

C'est encore sur le fondement de la volonté du testateur que l'arrêt suivant a jugé limitatif un Legs que la règle établie ci-dessus aurait dû faire regarder comme simplement démonstratif. — Marthe Privat avait fait à Anne Privat, sa nièce, un Legs « de la somme de 700 livres, *icelle somme à prendre* sur le légat fait à la demoiselle testatrice par feu noble Jean-Jacques de Tourtoulon, seigneur de Banières, son cousin, pour par elle s'en faire payer, comme la testatrice pourrait faire; *et avec ce veut qu'elle soit contente et autre chose ne puisse demander sur ses biens*, la faisant son héritière particulière ». Vingt-six ans après la mort de la testatrice, Anne Privat, légataire, demanda le Legs de 700 livres à l'héritier institué : celui-ci soutint que, moyennant le consentement qu'il donnait à ce qu'elle se fît payer sur les 700 livres léguées à la testatrice par le sieur de Tourtoulon, il devait être renvoyé des conclusions prises à sa charge. Et il a été ainsi jugé par arrêt du 7 août 1742, confirmatif d'une sentence de la sénéchaussée de Nîmes, du 9 juin 1733.

La dame de Schwartembourg avait légué à la

Source : BIU Cujas

dame de Rosse, sa nièce, une somme de deniers *à prendre* sur un fief désigné. L'héritier féodal ayant fait juger que ce fief était affranchi, par la coutume de sa situation, de la charge pécuniaire dont la défunte avait voulu le grever, la dame de Rosse se pourvut contre l'héritier des rotures : elle se fondait sur la règle générale, qui ne rend limitatifs que les Legs dont l'assignat affecte la substance même ; et sous ce point de vue, le succès de sa cause ne paraissait pas susceptible de doute. Néanmoins, par arrêt du grand conseil de Malines, du mois de novembre 1615, « il fut jugé (ce sont les termes de du Fief), que cet assignat était taxatif, parcequ'il constait assez que la volonté de la défunte avait été de charger seulement ledit fief, et suivant ce l'héritier des rotures fut déchargé ».

Si, comme le prouvent tous ces arrêts, la règle que nous avons établie, est imparfaite, en ce qu'elle cesse dans tous les cas où elle est combattue par des présomptions de volonté, elle ne l'est pas moins en ce que souvent il est impossible d'en faire l'application. En effet, il se trouve des clauses si obscures, si équivoques, si compliquées, qu'on ne peut plus y distinguer ce qui regarde la disposition, de ce qui concerne le paiement ou l'exécution.

« Dans tous ces cas (dit M. d'Aguesseau), si les docteurs sont muets, la justice ne doit pas l'être; il faut qu'il y ait une règle générale, supérieure à la diversité des espèces, indépendante de l'ordre et de l'arrangement des dispositions.

» La droiture de la raison naturelle (continue ce magistrat), a montré cette règle à Me Charles Loyseau ; et, après s'être égaré pendant quelque temps avec les docteurs, il est revenu enfin dans la seule route sûre et naturelle, dont le chemin lui était tracé par les oracles de la jurisprudence romaine.

» Ils ne sont point entrés, comme les docteurs modernes, dans la distinction de l'assignat limitatif ou de l'assignat démonstratif. Ces expressions dures, nées dans la poussière de l'école, leur étaient inconnues. A quoi s'attachaient-ils donc uniquement? A la volonté du testateur. Lorsqu'il paraissait clairement que sa volonté avait été de léguer un corps certain, ils ne l'étendaient point au-delà des bornes qu'il avait plu au testateur d'imposer à sa libéralité. Lorsqu'au contraire on voyait que son but principal avait été de légner une somme, une rente, un revenu fixe et annuel, alors, de quelques termes qu'il se fût servi, en quelque ordre qu'il eût arrangé la suite de ses pensées, on ne regardait jamais le corps certain dont il avait parlé, que comme un moyen, une voie plus sûre qu'il avait ouverte au légataire, et qui, bien loin de rendre son Legs plus faible, plus chancelant, plus incertain, ne servait qu'à lui donner un nouveau degré de faveur, d'assurance et de fermeté.

» En effet, les lois ne peuvent que suivre, qu'imiter, que perfectionner la raison ; et après avoir épuisé toutes les subtilités des docteurs, toutes les couleurs des interprètes, tous les raisonnemens des compilateurs d'arrêts, il faut toujours en revenir à ce que la lumière naturelle inspire également à tous les hommes. Les testateurs ne sont point assujettis à une certaine formule, à un ordre marqué, à un arrangement inviolable de paroles. Libres dans leurs dispositions, ils le sont encore plus dans leurs expressions. Ainsi, à quoi se réduisent toujours toutes les questions de testament? A tâcher de pénétrer dans les conjectures la volonté du testateur ».

C'est par ces réflexions que M. d'Aguesseau préludait à l'examen des clauses les plus difficiles que l'on puisse rencontrer dans toute la matière des Legs démonstratifs ou limitatifs. Voici l'espèce.

Le marquis de Fervaques, par son testament fait à l'instant où il allait rendre le dernier soupir, « donne et lègue à madame de Ventadour la terre de Biéville, située en Normandie, moyennant la somme de 13,300 livres pendant sa vie durant, et après le décès d'icelle dame de Ventadour, retournera ladite somme aux héritiers dudit seigneur testateur ». — La marquise de Ventadour demande la délivrance de ce Legs : les héritiers prétendent qu'il est renfermé dans l'usufruit de la terre de Biéville ; qu'ainsi, il est nul aux termes de la coutume de la situation, qui exige trois mois de survie aux dernières dispositions, pour qu'elles puissent avoir leur effet; et que, quand il serait valable, il faudrait au moins le réduire au tiers de la seigneurie de Biéville, attendu que la coutume limite à ce taux la disponibilité testamentaire des acquêts. — De son côté, la marquise de Ventadour soutient que le Legs dont le testateur l'a honorée, porte toutes les apparences d'un Legs démonstratif; que ce n'est point l'usufruit de la terre de Biéville, c'est-à-dire, un corps certain, qu'on a voulu lui laisser, mais une rente annuelle, une pension viagère à prendre par forme de désignation, de démonstration, sur une terre dont le revenu était égal à cette rente. — La cause est plaidée pendant douze audiences aux requêtes du palais; elle y est appointée; on appelle de la sentence, et l'on demande l'évocation du principal.

Moyens des héritiers. — 1° Le testateur *donne et lègue la terre de Biéville :* voilà le Legs accompli ; *moyennant la somme de* 13,300 *livres :* ces termes ne sont qu'une indication, une désignation, une circonstance accessoire, qui ne sert qu'à déterminer la qualité et la valeur de la terre, en un mot, la terre est dans la disposition, et la somme dans l'exécution. Ainsi, rien n'est plus éloigné d'un Legs démonstratif. — 2° La volonté du testateur est claire et précise. Il donne *la terre de Biéville pendant la vie durant de madame de Ventadour.* Il ne pouvait pas exprimer plus nettement un Legs limitatif. — 3° Quand on donne un corps certain, c'est le caractère distinctif d'un Legs limitatif; et c'est ce que le testateur a fait dans l'es-

Source : BIU Cujas

pèce. — 4° Que l'on compare ce testament fait à la hâte et au moment, pour ainsi dire, de la mort, avec les deux testamens olographes qui l'ont précédé, et qui ont été faits avec beaucoup de maturité et de réflexion, et l'on y verra clairement l'intention que le testateur a toujours eue de léguer l'usufruit de la terre de Biéville, et conséquemment un corps certain. En effet, de ces deux testamens, le premier porte : « Je donne à madame de Ventadour ma terre de Biéville, sa vie durant seulement l'usufruit, ladite terre étant affermée à présent 13,200 livres ». Le second est encore plus formel : « Je donne..... ma terre de Biéville, affermée présentement 13,200 livres par an. Je lui donne le revenu sa vie durant seulement, et prétends qu'après sa mort le fonds retourne à mes héritiers ». — 5° On ne peut pas dire que ce soit un Legs d'une rente viagère, puisque le testateur parle, tantôt du nombre rompu de 13,200 livres, tantôt de celui de 13,300 livres. Dans son intention, le Legs augmente à proportion du revenu de la terre : donc c'est le revenu de la terre qui est compris dans le Legs; donc le Legs est d'un corps certain, susceptible d'augmentation et de diminution; et par conséquent très différent d'une rente fixe et invariable, qui ne suit point le progrès du revenu d'une terre. — 6° Si l'on oppose ces termes, *moyennant la somme de* 13,300 *livres*, il faut y suppléer le mot *affermée*, qui se trouve dans les premiers testamens, et sans lequel la clause n'a aucun sens. — 7° Si le testateur dit que cette *somme de* 13,300 *livres retournera à ses héritiers*, ce n'est pas pour donner lieu à penser que c'est cette somme qu'il a léguée, puisqu'il ordonne qu'elle retournera à ses héritiers, mais pour marquer toujours la valeur des fruits de la terre, la valeur de l'usufruit qu'il désigne par la somme de 13,300 livres.

Moyens de la légataire. — 1° La difficulté consiste en ce que le testateur a confondu la terre et la somme; mais le corps ne s'y trouve que pour la sûreté de la somme ou de la quantité léguée. S'il eût dit : *Je lègue la somme de* 13,300 *livres à prendre tous les ans sur ma terre de Biéville*, le Legs serait démonstratif. S'il eût dit : *Je lègue ma terre de Biéville à madame de Ventadour, sa vie durant*, le Legs serait certainement limitatif. Mais il a joint l'un avec l'autre, en disant : *Je lègue ma terre de Biéville, moyennant la somme de* 13,300 *livres ;* et c'est ce qui rend sa volonté douteuse, parcequ'il s'agit de décider si la terre doit l'emporter sur la somme, ou la somme sur la terre. — Il faut prendre la disposition entière et l'envisager d'une seule vue : « Donne et lègue à madame de Ventadour la terre de Biéville, située en Normandie, moyennant la somme de 13,300 livres pendant sa vie; et après le décès d'icelle dame de Ventadour, retournera ladite somme aux héritiers du testateur ». Cette clause ainsi envisagée, découvre l'intention du testateur. Les termes, *moyennant* ou *pour la somme de* 13,300 *livres*, composent un sens parfait, auquel on ne peut ni on ne doit rien ajouter. C'est donc la terre qui est donnée en paiement, pour ainsi dire; c'est elle qui est assignée à l'exécution du Legs : donc la somme est le principal objet; donc la terre n'est que l'accessoire; donc la somme est véritablement dans la disposition, et la terre dans la démonstration; donc, suivant l'intention du testateur, qui doit être ici la loi souveraine, le Legs est démonstratif, et non limitatif. — 2° Cette interprétation s'accorde avec les principes du droit. Toutes les fois qu'on donne un fonds pour un certain prix, l'estimation prend la place de la chose. Ainsi, le mari, en termes de droit, devient irrévocablement maître du fonds dotal, lorsque le contrat de mariage en contient l'estimation, et il n'est plus débiteur que du prix. Ainsi, dans l'espèce présente, le fonds paraît d'abord avoir été donné; mais comme il n'est légué que pour tenir lieu d'une certaine somme, c'est véritablement la somme qui compose l'essence, la nature et la substance du Legs. — 3° Le testateur ajoute, qu'après la mort de madame de Ventadour, *ladite somme retournera* à ses *héritiers*. Ces paroles forment une espèce de démonstration : car, qu'est-ce qui doit retourner aux héritiers ? C'est ce que le testateur a légué : ce qui doit retourner est la somme; donc c'est la somme qui a été donnée directement, immédiatement, principalement; donc l'intention du testateur, douteuse et obscure au commencement de la clause, incertaine en apparence entre la terre et la somme, entre le corps et la quantité, se détermine évidemment, à la fin de la clause, pour la somme, pour la quantité. — 4° Si l'on dit que la qualité d'une somme exprimée par un nombre rompu, ne convient point à l'idée d'une rente, il est aisé de répliquer que le même testament contient un Legs de la même somme de 13,300 livres au profit de madame la maréchale de La Mothe, à prendre sur tous les biens du testateur. — Ainsi, il est vrai dans un sens que le revenu est légué; et cependant il est vrai dans un autre, que c'est une rente qui est léguée : et comment concilie-t-on ces deux propositions ? Le testateur a eu en vue de donner 13,300 livres de rente; il a cherché, pour la commodité de la légataire, un effet certain qui produisît à peu près la somme de 13,300 livres tous les ans. Il a trouvé ce revenu dans la terre de Biéville; c'est pour cela qu'il la donne, et qu'il l'assigne au paiement du Legs. — 5° En comparant ensemble les trois testamens, ils ne sont pas moins favorables à la légataire qu'aux héritiers. Dans les deux premiers testamens, on lègue nommément et directement l'usufruit; on ne trouve rien de pareil dans le dernier. Dans les premiers, on marque seulement la valeur de la terre; ce n'est que dans le dernier que le testateur la donne pour une certaine somme. Dans les premiers, on dit que le fonds retournera aux héritiers après la mort de la légataire; on dit dans le second, que c'est *la somme*, c'est-à-dire, la rente, qui retournera. — 6° Enfin, si le prix du bail augmentait, madame de Ventadour ne serait

Source : BIU Cujas

certainement pas fondée à demander cette augmentation. On lui dirait que le revenu ne lui est donné que pour tenir lieu d'une somme de 13,300 livres. Elle ne pourrait jouir des droits honorifiques, ni s'enrichir des profits casuels de la terre ; donc elle n'est point légataire de l'usufruit ; donc tout son droit se réduit à prendre une rente sur le fonds d'une terre ; donc le Legs est démonstratif, et non limitatif.

Motifs des conclusions de M. d'Aguesseau. Que résulte-t-il de ces moyens respectifs ? Beaucoup de doute et d'incertitude de part et d'autre. Ne peut-on pas tirer la décision du doute même ? Dumoulin dit que, dans le doute si la disposition est taxative ou démonstrative, il faut décider qu'elle est démonstrative. *Expressio in dubio censetur facta causâ demonstrationis, nisi hoc exprimatur et clarè de mente appareat* (Sur l'ancienne coutume de Paris, glose 3, §. 2, n. 7). — On présume que le testateur n'a pas voulu faire un Legs inutile et dérisoire ; ce qui serait dans l'espèce, attendu que la terre est située en Normandie, et que le testateur est mort une heure après avoir fait son testament. Au contraire, si le Legs est démonstratif, s'il s'étend sur tous les biens disponibles qu'il avait en grand nombre, sa volonté sera pleinement exécutée. Ici s'applique encore la maxime établie plus haut, qu'il faut interpréter contre l'héritier les Legs équivoques, lorsqu'on ne peut le faire en sa faveur sans anéantir les dispositions du défunt. — De plus, quelle est, dans l'espèce, la personne de la légataire relativement au testateur ? C'est une cousine germaine, de l'alliance de laquelle il se trouve honoré, une parente pour laquelle sa volonté a toujours paru également persévérante. Il dit qu'il lui lègue, *parcequ'elle en a plus besoin que les autres ;* ce Legs est donc une espèce de pension viagère, presque comparable à des alimens. Or, s'il est vrai que, dans le doute, on doit toujours présumer que le testateur a voulu faire une disposition démonstrative plutôt que taxative, avec quelle force cette présomption ne doit-elle pas s'appliquer à un Legs aussi favorable que celui dont il s'agit ? — Enfin, il est au moins douteux, dans l'espèce, si le Legs est limitatif ou démonstratif. Il ne s'agit que d'un simple Legs d'usufruit, qui n'oblige l'héritier qu'à donner un revenu viager. Ce Legs, en portant les choses à la plus grande rigueur, réunit les considérations les plus favorables, telles que la proximité dans la légataire, et des héritiers qui jouissent de biens immenses dont le testateur aurait pu les priver. — Par ces raisons, M. d'Aguesseau a conclu en faveur de la marquise de Ventadour (qui était défendue par le célèbre Nivelle) ; et la cour, adoptant son avis, a ordonné par arrêt du 3 avril 1699, « que le testament dont était question serait exécuté selon sa forme et teneur, et en conséquence que la partie de Nivelle aurait délivrance de son Legs de la somme de 13,300 livres par chacun an, sa vie durant ». — [[*V. Acte sous seing-privé*, §. 2.]]

VIII. Lorsque l'assignat est limitatif, c'est, sans difficulté, au légataire à le discuter à ses frais, et à en tirer tout le parti qu'il peut ; car l'héritier n'est obligé que de lui céder les droits et de lui remettre les titres du defunt, concernant la chose sur laquelle cet assignat est placé. C'est ce que décide la loi 88, §. 8, *de legatis* 2°, au Digeste : *Civibus meis do, lego chirographum Gaii Seii..... respondi heredes reipublicæ adversùs duntaxat debitorem... actionem præstare debere.* — Le parlement de Toulouse a confirmé cette décision par deux arrêts des 26 juin 1584 et 16 mai 1651. — Il s'agissait dans le premier, rapporté par Laroche, d'un Legs fait par un mari à sa femme, de la moitié d'une somme qui lui était due par un tiers. — Voici l'espèce du second, telle que nous la retrace Catellan : « Si le testateur lègue une telle somme qu'un tel lui doit, l'héritier n'est tenu à autre chose qu'à délivrer au légataire les actes qu'il a pour établir cette dette, ou jurer qu'il n'en a pas. C'est ainsi que cette question fut décidée par arrêt du 16 mai 1651, contre une sœur du testateur, à qui il avait légué la somme de 1000 livres due par un tel. Cette sœur ne trouvant point d'acte pour demander cette somme au débiteur nommé par le testateur, en demandait le paiement à l'héritier, de quoi elle fut déboutée ; et il fut ordonné seulement que l'héritier remettrait les actes, ou jurerait qu'il n'en avait pas ».

Observez à ce sujet, que le légataire n'a besoin d'un acte de transport de la part de l'héritier, que pour intenter une action directe contre le débiteur dont la dette lui est léguée ; car s'il veut se borner à une action utile, dont l'effet est le même que celui d'une action directe, il peut l'exercer sans cession ni transport. C'est ce que porte la loi 18, C. *de legatis.*

IX. Lorsque l'assignat est démonstratif, le légataire est-il obligé, avant de se pourvoir personnellement contre l'héritier, de discuter, soit le débiteur, soit le bien indiqué par le testateur pour le paiement de son Legs ? Cette question n'est pas sans difficulté : des lois qui paraissent opposées les unes aux autres, et des arrêts rendus pour et contre, la rendent fort épineuse.

Pour la négative, on cite d'abord la loi 96, D. *de legatis* 1°, qui dit que, dans le cas du Legs d'une somme fixe à prendre sur un tiers, la démonstration n'est faite que pour indiquer *à l'héritier* un moyen facile d'acquitter le Legs. *Respondi : verisimilius est patremfamilias demonstrare potiùs* heredibus *voluisse undè aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quàm conditionem fideicommisso injecisse quod initio purè datum esset : et ideò quadringenti Pamphilæ debebuntur.* — La loi 27, §. dernier, D. *de legatis* 3°, porte la même chose ; et finit par ces termes si décisifs en apparence, *et ideò heres Severi hæc præstare debet.*

Il y a plusieurs arrêts qui ont adopté cette opi-

Source : BIU Cujas

nion. — On a déjà vu plus haut, n. 7, que Maynard en rapporte deux des ..... juin 1555 et 13 juillet 1568. — Dulauri nous en fournit deux autres du grand conseil de Malines, des 19 septembre 1598 et 25 octobre 1625. — Dans l'espèce du premier, Charles de Brienne était légataire d'une rente de trois cents florins, assignée par simple démonstration sur le comté de Brienne; il se pourvut contre le duc d'Arschot, héritier, pour avoir paiement de cette rente. Celui-ci prétendit que le légataire ne pouvait pas le poursuivre personnellement, avant d'avoir dirigé son action sur la terre de Brienne, et en avoir discuté les revenus: mais on ne l'écouta point, et il fut condamné purement et simplement à payer la rente dont il s'agissait. — Dans l'espèce du second, le nommé Cuypers avait déclaré par son testament, « que son intention était d'augmenter les bourses par lui fondées au nombre de quarante, jusqu'à cinquante, et au lieu de cinquante florins, jusqu'à soixante florins par an pour chacune desdites bourses, dont il chargea ses héritiers de fournir moitié par moitié au moyen des actions reprises et exprimées au dernier feuillet de son testament ». Les echevins de Bergues-Saint-Vinox, administrateurs de cette fondation, ayant demandé aux héritiers le paiement des sommes léguées pour la soutenir, les héritiers prétendirent n'être tenus que de céder les actions assignées par le testateur. Mais par sentence du conseil provincial de Gand, ils furent condamnés à payer le Legs, et cette décision fut confirmée par l'arrêt cité, les chambres assemblées, « parcequ'on reconnut l'intention du testateur avoir été, que ledit Legs subsisterait par soi, en chargeant d'icelui zesdits héritiers; et qu'il leur baillait seulement instruction pour plus facilement trouver le moyen de l'accomplir ».

Pour l'opinion contraire, nous ne citerons pas, comme Furgole, la loi 13, D. *de tritico*, ni la loi 17, §. 1, D. *de annuis legatis*, parceque nous avons établi ci-dessus, n. 7, que les Legs dont parlent ces textes, ne sont pas démonstratifs, mais limitatifs.

La loi 12, D. *de alimentis legatis*, recevrait ici une application plus exacte, si, comme le croit Furgole, elle décidait que, dans le cas de la disposition démonstrative qui en est le sujet, les légataires dussent attendre après une année abondante pour prendre sur les revenus assignés à leurs Legs, ce qui pourrait manquer dans les années stériles. Mais ce n'est point là ce que veut la loi; il ne faut même qu'un peu d'attention pour se convaincre qu'elle décide précisément le contraire. Voici en effet l'alternative qu'on propose au jurisconsulte Paul, auteur de ce texte: — « On a demandé si les fruits de ces biens ne suffisant pas pour remplir les Legs, on pouvait obliger les héritiers à fournir le supplément; ou si, en cas que les fruits d'une année excédassent le montant de ces mêmes Legs, on devait prendre sur cet excédant de quoi dédommager les légataires de ce qu'ils avaient eu de moins les années précédentes ». — Le second membre de cette alternative tend précisément à savoir si les Legs dont il s'agit, sont limitatifs; car, on l'a vu plus haut, le caractère des Legs limitatifs, lorsqu'ils sont annuels, est d'obliger les légataires d'attendre après les revenus d'une année subséquente, pour compenser la stérilité de l'année actuelle, et cela, parcequ'ils sont limités à l'universalité, à la masse des fruits qui naissent annuellement pendant la vie des légataires. — Ainsi, dans la loi citée, le jurisconsulte Paul répondant que le Legs est dû en entier, et que la stérilité ou l'abondance des fonds sur lesquels il est assigné par simple démonstration, n'en diminue ni n'en augmente le montant, c'est comme s'il disait que les héritiers sont tenus de fournir chaque année ce qui manque aux revenus pour remplir le Legs, et que le légataire n'est pas obligé d'attendre qu'une année abondante lui rende ce que lui a ôté une année stérile. C'est donc inutilement que Furgole croit trouver dans cette réponse une preuve de l'obligation du légataire de discuter l'assignat démonstratif avant d'agir personnellement contre l'héritier.

La loi 26, D. *quandò dies legatorum cedat*, n'est pas mieux appliquée par cet auteur. — Un testateur dit: « Je veux que mon héritier donne à un tel cinquante écus qu'il prendra sur les revenus qui proviendront de mes biens *futuri anni* ». Ce Legs est, sans contredit, démonstratif; aussi la loi décide-t-elle que la stérilité des biens dans l'année qui suit la mort du testateur, n'en produit pas la caducité, *non videri conditionem additam respondit*. Mais, ajoute-t-elle, il y a un délai pour le paiement; et c'est pourquoi, s'il n'y a pas assez de fruits pour payer cette somme la première année, ce qui manquera devra être pris sur les revenus de la seconde: *fructibus fini relictæ pecuniæ non perceptis, ubertatem esse necessariam anni secundi*. — On sent la raison sur laquelle porte ce texte: la prorogation qu'il accorde, n'aurait pas lieu, si le testateur avait assigné les revenus de l'année qui suivrait sa mort, *anni proximi*, au lieu d'assigner vaguement ceux d'une année à venir, *anni futuri*; parcequ'alors le délai ne serait pas indéfini, mais limité à un certain terme. — D'après cela, que peut-on conclure de cette loi? Rien de favorable ni même d'analogue au sentiment de Furgole, puisqu'elle ne roule que sur la question de savoir en quel temps le légataire par assignat démonstratif peut agir, en cas d'apposition de délai de la part du testateur.

Si Furgole n'est pas heureux dans le choix des textes qu'il emploie pour fonder son opinion, il est au moins exact dans les raisons qu'il fait valoir pour en démontrer la justice. « Il est vrai (dit-il), que la démonstration du paiement à prendre sur un tel, ne rend pas le Legs limitatif; mais il est également vrai que le testateur veut que la somme léguée soit prise sur le débiteur indiqué, et que la forme du paiement marquée par le testateur, fait

Source : BIU Cujas

partie du Legs; par conséquent, sa volonté ne doit pas moins être exécutée sur ce point, que pour le chef qui contient le Legs de la somme fixe: car il n'y a point de loi qui dispense le légataire de suivre l'indication que le testateur a faite, quand il peut agir utilement et se procurer le paiement par cette voie ». — Il serait difficile de donner une réponse plausible à cette raison, et elle suffit sans doute pour justifier le sentiment qui nécessite la discussion de l'assignat démonstratif, avant de pouvoir agir personnellement contre l'héritier.

Mais comment répondre à la loi 96, D. *de legatis* 1°, et à la loi 27, §. dernier, D. *de legatis* 3°, qui paraissent si décisives pour l'opinion contraire? — Rien de plus simple. Ecoutons encore Furgole: — « Dans l'espèce de la loi 96, D. *de legatis* 1°, un testateur avait légué quatre cents écus à prendre, savoir, tant sur Julius son agent, tant sur les fermiers de tel domaine, tant en argent comptant que le testateur avait. Depuis, le testateur avait disposé à d'autres usages des sommes qu'il avait indiquées pour le paiement du Legs. On demande au jurisconsulte Julien, si le Legs est dû? Il répond que le Legs est dû, parceque le testateur n'y avait point ajouté de condition, qu'il avait seulement désigné le lieu d'où les héritiers pouvaient en faire le paiement. Dans le cas de cette loi, le doute ne pouvait pas rouler sur la discussion, puisque le testateur, depuis son testament, avait dénaturé toutes les sommes indiquées; il ne restait donc au légataire qu'une action sur les héritiers, qui étaient demeurés seuls débiteurs du Legs.... Et s'il est dit que le testateur avait indiqué aux héritiers d'où ils pourraient faire le paiement, c'est parcequ'ils devaient avoir une action directe sur les débiteurs indiqués, pour les contraindre à payer; et que le légataire, en vertu du Legs, ne pouvait avoir qu'une action utile, suivant la loi 18, C. *de legatis*. — La loi 27, §. dernier, D. *de legatis* 3°, est aussi dans le cas d'un débiteur indiqué qui avait cessé d'être débiteur: de là vient que le jurisconsulte dit que la somme léguée devait être payée par l'héritier: car le débiteur indiqué ayant vidé ses mains, il ne restait plus aucune action, même utile, au légataire, ni par conséquent aucune nécessité de discuter l'assignat. Il est même remarquable que la loi dit que le testateur avait indiqué, non à l'héritier, mais au légataire, d'où il pourrait prendre son paiement; ce qui servirait à favoriser l'opinion de la discussion, plutôt que l'avis contraire ».

X. La dame de Clinchamp étant morte en 1702, on trouva sous son scellé un codicille qui contenait cette seule disposition: « Je donne à mademoiselle de Saint-Quentin, en cas que Dieu dispose de moi, mille écus que mes héritiers paieront en argent, ou bien lui en feront la rente pendant sa vie, à leur volonté ». — La demoiselle de Saint-Quentin ayant formé sa demande en délivrance, l'héritier offrit de lui constituer une rente viagère au denier vingt. La légataire prétendit qu'on devait, ou lui assurer le fonds de son Legs, soit en lui payant mille écus comptant, soit en lui en faisant une rente annuelle et perpétuelle, ou lui en faire une pension viagère au denier dix. Sur cette contestation, sentence intervint au châtelet, qui déclara suffisantes les offres de l'héritier. La légataire en interjeta appel; et voici les moyens qu'elle fit valoir. — « Lorsqu'il y a dans un testament quelque obscurité, quelque ambiguité, ou tout autre défaut d'expression qui peut avoir un sens différent de la volonté apparante du testateur, il faut préférer l'intention du testateur à cet autre sens.... Ce principe établi, il est impossible, en jugeant de la volonté de la dame de Clinchamp par les termes mêmes de sa disposition, de ne pas penser que son intention ait été de léguer à la demoiselle de Saint-Quentin une rente perpétuelle de 150 liv., et non pas une rente viagère. La testatrice commence par dire: *Je donne mille écus*: voilà le corps du Legs; jusque-là l'intention est claire, et la disposition n'a pas besoin d'interprète. La testatrice continue: *que mes héritiers lui donneront en argent, ou bien lui en feront la rente pendant sa vie à leur volonté;* il est visible qu'elle a voulu seulement, par ces termes, faciliter à ses héritiers le paiement du Legs qu'elle faisait. Il faut donc distinguer la disposition même d'avec son exécution. La difficulté de l'interprétation ne tombe point sur la disposition: encore une fois, l'intention de la testatrice est certaine; elle lègue mille écus. Si, dans la suite, elle donne à ses héritiers le choix de payer ces mille écus en argent ou en rente, ce choix ne touche point à la disposition, mais seulement à la manière dont se fera le paiement des mille écus légués. — Suivant les principes établis par Dumoulin sur l'art. 11 de l'ancienne coutume de Paris, glos. 1, n. 21, lorsque le doute ou la difficulté de l'interprétation tombe sur l'exécution du Legs, et non pas sur la disposition, la disposition subsiste, et l'on n'a point d'égard à l'exécution désignée par le testateur, quand elle peut donner atteinte à la disposition. Or, la dame de Clinchamp lègue mille écus; voilà la disposition. Il faut donc que la légataire ait un fonds de mille écus, ou en argent ou en rente, au choix des héritiers: mais s'ils prennent le parti de faire le paiement en rente, ce ne peut être qu'une rente perpétuelle, puisqu'une rente viagère de 150 liv. ne remplit point la disposition, qui est de mille écus, et à laquelle on ne doit point donner atteinte. En effet, on ne peut présumer que la testatrice ait eu en vue une rente viagère de 150 liv., puisqu'après avoir légué mille écus, elle compare, lorsqu'il s'agit de l'exécution de sa volonté, mille écus en rente avec mille écus en argent; preuve manifeste qu'elle a voulu garder une juste proportion dans le choix qu'elle a laissé à ses héritiers pour le paiement du Legs. Si elle a donné lieu à quelque doute en ajoutant ces mots, *pendant sa vie*, si contraires au fond de sa disposition, on ne peut attribuer cette ambiguité qu'à l'ignorance où

Source : BIU Cujas

elle était de la force et du juste usage de ces termes, puisque, par sa disposition même, on est convaincu que son intention a été que ses héritiers payassent à la légataire une rente proportionnée aux mille écus qu'elle a légués ». — Les moyens de l'héritier combattaient avantageusement ceux de la légataire. — « Les expressions parfaitement claires (disait-il), ne souffrent aucune interprétation : or, telles sont celles dont s'est servie la dame de Clinchamp : il en résulte deux Legs marqués bien distinctement, l'un de la propriété, l'autre de l'usufruit. La testatrice n'a pas plutôt légué la propriété, par ces termes, *je donne mille écus que mes héritiers paieront en argent*, qu'elle change de volonté, et qu'elle restreint cette propriété à un simple usufruit par les mots suivans, *ou dont ils lui feront la rente pendant sa vie*. L'usage et la signification ordinaire de ces termes restrictifs et limitatifs, *pendant sa vie*, ne présentent point d'autre idée que celle d'une rente viagère. La testatrice ne pouvait marquer son intention plus précisément : elle laisse le Legs incertain quant à la chose, et elle donne à ses héritiers le pouvoir de le déterminer. Mais, dit-on, si l'on réduit sa libéralité à une rente viagère, sa disposition se trouve contradictoire ; car quelle proportion y a-t-il entre une propriété et un simple usufruit? On convient qu'un légataire peut trouver l'alternative dure ; mais elle n'est pas sans exemple. Les titres *de legatis*, au Digeste, nous en fournissent plusieurs ; et les jurisconsultes ont toujours décidé pour la validité de ces dispositions, qu'ils ont regardées comme faisant deux Legs différens, ou de la propriété ou de l'usufruit, et dont l'option appartenait à celui auquel le testateur la déférait. Or, dans l'espèce de la cause, le Legs de la propriété est exprimé par ces termes : *Je donne mille écus que mes héritiers paieront en argent*. Le Legs de l'usufruit se trouve dans ceux-ci : *ou bien lui en feront la rente pendant sa vie*. Enfin, l'option est déférée aux héritiers par ces autres termes, *à leur volonté*. Les parties se trouvent donc dans l'espèce de la loi 34, §. 14, D. *de legatis* 1°, qui admet ces dispositions de la propriété ou de l'usufruit : ainsi, point de contradiction ». — M. l'avocat général de Lamoignon, qui porta la parole dans cette cause, a dit : « La volonté de la testatrice étant claire, ne doit point être interprétée : elle lègue mille écus ; il faut donc commencer par donner cette somme à la légataire. Mais comment la lui paiera-t-on ? *Que mes héritiers paieront en argent, ou bien lui en feront la rente pendant sa vie, à leur volonté*. Ces termes, *pendant sa vie*, semblent faire quelque difficulté ; mais il faut considérer que la disposition est le don de mille écus ; l'alternative accordée aux héritiers, n'est que dans l'exécution ; ce qui paraît par ces termes, *en feront la rente*. Et de quoi fera-t-on la rente, si ce n'est des mille écus légués? Il faut donc délivrer à la légataire mille écus, ou, suivant le choix des héritiers, lui en faire la rente : mais le Legs ne peut être rempli, que cette rente ne soit perpétuelle ». — Sur ces raisons, la cour, par arrêt du 27 mai 1710, rapporté dans le Journal d'Augeard, a infirmé la sentence du châtelet, et condamné l'héritier à payer à la demoiselle de Saint-Quentin la somme de 3000 liv. en argent, ou de passer contrat de constitution à son profit, de 150 liv. de rente annuelle et perpétuelle ».

XI. Lorsqu'un testateur qui possède plusieurs choses d'une même espèce, en lègue une indéterminément, quel est l'effet de sa disposition ? Il y a là-dessus deux questions à examiner : l'une, de savoir en quel cas un tel Legs est valable ou nul ; l'autre, comment, lorsque ce Legs est valable, on doit régler les droits respectifs de l'héritier et du légataire.

De ces deux questions, la seconde est traitée au mot *Option*.

A l'égard de la première, il faut distinguer si l'espèce léguée est limitée en soi-même, comme un esclave, un cheval, une maison, ou toute autre chose semblable ; ou si au contraire elle n'a point de bornes physiques ni morales, comme un fonds, un héritage. — Au premier cas, le Legs est valable, parceque le silence du testateur peut être suppléé par ce qu'on appelle *arbitrium boni viri*. — Au second, il est nul, parcequ'il n'est pas possible de déterminer, même par approximation, quelle a été la volonté du testateur : car un héritage, en général, peut être supposé aussi grand ou aussi petit qu'on le veut ; et comme le Legs qui en est fait, « pourrait être réduit à une si petite portion, qu'il serait entièrement inutile au légataire, il doit passer pour un Legs dérisoire et pour une vélitation d'esprit du testateur ». Ce sont les termes de Ricard. — La loi 69, §. 4, D. *de jure dotium*, confirme cette décision. « Un gendre (dit-elle), stipule de son beau-père une dot qu'il ne fixe pas : cette stipulation est valable, quoique le Legs d'un fonds non désigné soit nul ; car il y a cette différence entre la constitution d'une dot en général et le Legs d'un héritage indéterminé, qu'une dot est toujours censée constituée eu égard aux facultés du père et à la condition du mari ».

En est-il de même du Legs d'une partie indéterminée d'une chose qui a des bornes certaines? — Bourjon soutient l'affirmative. A l'entendre, « si le testateur a dit : *je lègue à Titius une partie de ma maison*, sans qu'on puisse connaître quelle portion il a voulu léguer, le Legs est nul, tant par l'incertitude absolue de la portion, que par la faveur de l'héritier qu'on ne pourrait assujettir à quelque délivrance que ce fût, sans l'exposer à perdre au-delà de ce que le testateur a voulu léguer ». — Mais en quel cas l'incertitude vicie-t-elle un Legs? Nous l'avons déjà dit, c'est lorsqu'elle ne peut pas être levée par une présomption raisonnable de la volonté du testateur. Que le Legs d'un fonds en général ne soit régulièrement d'aucun effet, on en sent la raison : c'est que les circonstances ne peuvent aider que très faiblement

Source : BIU Cujas

à en fixer l'étendue : mais le motif qui fait valoir le Legs d'une maison en général, doit aussi rendre effectif celui d'une partie indéterminée de telle maison ; ce motif est, que le testateur, en léguant une maison, semble toujours avoir en vue de procurer au légataire une habitation conforme à son état, et qu'ainsi un tel Legs a des bornes, sinon physiques, au moins morales : or, on sent qu'il en doit être de même à cet égard de la partie indéterminée d'une maison désignée.

Ce que nous disons du Legs d'un héritage non désigné, il faut également le dire du Legs d'une quantité que le testateur n'a point fixée, comme du pain, du vin, du blé ; on peut en tirer la raison de la loi 75, §. 1, D. *de legatis*, aux mots, *quia non apparet quantum fuerit legatum*.

Si cependant on pouvait connaître la volonté du défunt par l'application qu'il aurait faite de la chose léguée, sa disposition serait exécutée sur la mesure que les circonstances feraient adopter : ainsi, le Legs d'un fonds en général pour fournir à la subsistance du légataire, ou celui d'une pension viagère indéfinie, doit être déclaré valable et réglé suivant les biens du testateur et les besoins du légataire. C'est la décision expresse de la loi 14, *de annuis legatis*, au Digeste : *Si cui annuum fuerit relictum sine adjectione summæ, nihil videri huic adscriptum Mela ait. Sed est verior Nervæ sententia, quod testator præstare solitus fuerat id videri relictum; si minùs, ex dignitate personæ statui oportebit.*

Il y a encore d'autres circonstances qui peuvent aider le juge à déterminer un Legs que le testateur a laissé indéfini. Ainsi, deux arrêts du parlement de Paris, des 30 mars 1622 et 6 mars 1673, cités par Brillon, ont déclaré valables, et arbitré d'après l'usage le plus ordinaire, des Legs en blanc que des testateurs avaient faits à leurs domestiques.

XII. C'est une question assez intéressante si le Legs de tout un certain genre n'est point restreint par l'énumération de quelques espèces ou de quelques individus. Par exemple, je lègue ma vaisselle à Titius, et, soit avant, soit après, je lui lègue encore mes plats d'argent. Cette seconde disposition est-elle restrictive ou seulement explicative de la première ? C'est ce qu'on ne peut décider que par des conjectures ; et, pour ne point les former au hasard, il faut connaître les règles que les jurisconsultes nous ont tracées sur cette matière.

Si le testateur ignorait ou doutait que les individus qu'il a légués spécialement, fussent compris dans le genre dont il avait disposé immédiatement auparavant, le second Legs n'apporte aucune restriction au premier, et on le regarde comme surérogatoire. C'est ce que décide la loi 9, *de supellectili legatâ*, au Digeste : *Legatâ supellectili, cùm species ex abundanti per imperitiam enumerentur, generali legato non derogatur.* — Et l'on ne peut entendre qu'en ce sens la loi 12, §. 46, D. *de instructo*, qui dit : *Si quis fundum*, ita ut instructus est, *legaverit, et adjecerit* cùm supellectili, *vel* mancipiis, *vel unâ aliquâ re quæ nominatim expressa non erat, utrùm minuit legatum adjiciendo speciem, an verò non, quæritur. Et Papinianus respondit non videri minutum, sed potiùs ex abundanti adjectum.* — Mais si le testateur savait que les espèces dont il a placé le Legs après celui du genre, y étaient comprises, et qu'il n'y ait là-dessus aucune difficulté dans le droit, on présume que son intention a été de restreindre sa libéralité aux individus exprimés. C'est ce qui résulte de la loi 18, §. 13, *de instructo*, au Digeste : *Quidam cùm ita legasset :* Villam meam ita ut ipse possedi, cum supellectili, mensis, mancipiis, quæ ibi deputabuntur, urbanis et rusticis, vinis, quæ in diem mortis meæ ibi erunt, et decem aureis ; *et quæretur cùm in diem mortis ibi libros et vitreamina et vesticulam habuerit, an eadem omnia legato cederent, quoniam quædam enumerasset. Scævola respondit specialiter expressa quæ legato cederent.*

Cette distinction n'a lieu, suivant Voët, que quand le Legs du genre précède le Legs des espèces ; car dans le cas contraire, dit-il, on ne doit pas regarder celui-ci comme restrictif, mais seulement comme explicatif de celui-là.

Écoutons cependant le jurisconsulte Proculus dans la loi 16, §. 2, D. *de tritico* : « Si je lègue mes vins en bouteilles, ceux de tel et tel coteau, et toutes les *choses douces* que j'ai, ma libéralité ne comprendra des choses douces, que celles qui servent à la boisson ; la mention que j'ai faite d'abord de vins en bouteilles, explique ainsi ma volonté ». — On voit que ce texte attribue au Legs d'espèces, placé avant celui de genre, la vertu d'en restreindre l'étendue ; car, suivant le §. 1 de la même loi, le Legs générique des *choses douces* comprend, non seulement toutes les boissons, mais encore tous les fruits de cette qualité.

La loi 1, D. *de auro*, nous fournit une autre preuve que la distinction établie ci-dessus doit avoir lieu dans le cas où le Legs des individus précède celui du genre, comme dans le cas où il le suit : « Si je lègue à l'un tous les vêtemens qui m'appartiennent, et à l'autre tous les habillemens de femme que j'ai, on tirera de ma garde-robe tous les habillemens de femme qui s'y trouvent, on les donnera à celui à qui je les ai légués spécialement, et le reste appartiendra au légataire des vêtemens en général.... Par la même raison, si je vous lègue deux statues de marbre, et tout le marbre que j'ai, vous ne pourrez prendre que deux statues dans toutes celles de cette matière que je laisserai ».

Le premier membre de notre distinction admet une exception remarquable. Quoique le testateur ignorât que le genre légué par lui, comprenait les individus qu'il a ensuite spécifiés, si cependant il a réduit ces individus à un certain nombre, le second Legs restreint le premier, au moins quant à l'espèce dont ces individus font partie. Cette règle est fondée sur le texte même de la loi 9, *de supellectili legatâ*, au Digeste : *Si tamen species*

Source : BIU Cujas

certi numeri demonstratæ fuerint, modus generi datus in his speciebus intelligitur. Idem servabitur instructo prædio legato, si quædam species numerum certum acceperint. — Et nous en trouvons un exemple dans la loi 18, §. 11, D. *de instructo* : « Un testateur a disposé de tels et tels esclaves attachés à un fonds, au profit de la personne à qui il avait légué le fonds même avec tous ses ustensiles. Quoique les esclaves soient considérés comme des ustensiles du fonds auquel ils sont attachés, on ne peut cependant regarder comme légués, que ceux dont le testateur a fait une mention expresse, par la raison qu'il paraît avoir ignoré que le Legs des ustensiles comprenait les esclaves ».

Au reste, la meilleure règle qu'on puisse donner sur cette matière, est de peser attentivement toutes les clauses du Legs, et de considérer la position du testateur et du légataire; car le plus souvent ce sont les circonstances qui décident ces sortes de questions. — Par exemple, un testateur dispose en ces termes : « Je lègue à ma femme l'usufruit de la maison que j'ai en tel endroit, de tous les meubles meublans qui s'y trouvent, de tels et tels héritages, et des fruits et usufruit de la moitié de mes autres biens, en quelque lieu qu'ils soient situés, soit prés, terres, maisons, vignes, pressoirs, ou quelque espèce qu'elle soit ». — La femme, en vertu de cette disposition, se prétend légataire de l'usufruit de la moitié de l'argent comptant et des dettes actives de la succession. — L'héritier répond que sa demande serait fondée, si le testateur s'était borné à ces mots, *et des fruits et usufruit de la moitié de tous mes autres biens;* mais qu'ayant en outre parlé de prés, de terres, de maisons, de vignes et de pressoirs, il avait fait une énumération restrictive; en sorte que les termes, *ou quelque espèce qu'elle soit*, ne doivent s'appliquer qu'aux choses semblables à celles qui sont spécifiées; ce qu'il fonde sur la loi 16, §. 2, D. *de tritico*, rapportée ci-devant. — On ne pouvait sans contredit rien de plus conforme aux principes que cette défense; mais la faveur de la légataire, l'affection que le testateur avait eue pour elle, et qui était manifestée par le grand nombre de Legs dont il l'avait gratifiée, ont fait juger que son usufruit s'étendait aux objets contestés. L'arrêt a été rendu au sénat de Chambery le 16 février 1590; c'est le président Favre qui le rapporte dans son Code.

XIII. Quel est l'effet du Legs fait à un débiteur de ce qu'il doit au testateur? *V. Libération.*

XIV. Quelle étendue doit-on donner à un Legs de meubles? *V. Meubles.*

XV. Que comprend le Legs d'une maison? Il faut distinguer si la maison est léguée purement et simplement, ou si elle l'est avec les ustensiles et les choses qui s'y trouvent.

Dans le premier cas, tout ce qui est inhérent au fonds, tout ce qui y tient à fer ou à cheville, tout ce qui y est incorporé, soit de fait, soit par accession, en un mot, tout ce qui est réputé immeuble, fait partie du Legs, et doit être adjugé au légataire. *V. Biens*, §. 1.

On doit pareillement comprendre dans le Legs d'une maison, le jardin, le verger, les piéces d'eau, etc., qui y sont annexés.

Mais en serait-il de même si ces sortes d'accessoires étaient séparés de la maison par une rue? Nous voyons dans le Journal des audiences, qu'il a été jugé pour l'affirmative « par arrêt du 15 juin 1712, sur un appel de Mâcon, à la grand'chambre, au rapport de M. Portail. On peut tirer à ce sujet des argumens de la loi 4, D. *finium regundorum*, sur-tout du §. dernier, où il est parlé de lieux séparés par un chemin public. Ce qui entre le plus en considération dans une telle occasion, c'est la destination du propriétaire ».

A l'égard du cas où la maison est léguée avec les meubles ou les ustensiles qui s'y trouvent, *V. Meubles* (*Legs de*).

XVI. Ce que nous venons d'établir relativement aux choses que l'incorporation ou l'accession fait comprendre dans une maison léguée, doit-il avoir également lieu quand elles n'y ont été ajoutées qu'après le testament? Le §. 19, *de legatis*, aux Institutes, le décide clairement ainsi : « Nous disons enfin, (porte-t-il), que si le testateur a légué une maison, les colonnes et le marbre qu'il y a fait ajouter, font partie du Legs ».

Par la même raison, si le testateur a bâti sur un fonds qu'il avait légué précédemment, le bâtiment appartiendra au légataire. C'est la disposition de la loi 39, D. *de legatis* 2°. — (*V.* le n° suivant, et ci-après, sect. 6.)

XVII. Peut-on conclure de là que, pour régler l'etendue d'un Legs, on doit avoir égard au temps de la mort du testateur, et non à celui où le testament a été fait?

Cette conséquence paraît infaillible à la première vue; on peut même l'appuyer sur d'autres textes que ceux que nous venons de citer. — La loi 24, §. 2, D. *de legatis* 1°, porte : « Si, après avoir légué un fonds, le testateur y ajoute un nouveau terrain, dans l'intention de l'augmenter, le terrain ajouté pourra être demandé par le légataire. Il en serait de même en cas d'alluvion ». — La loi 10, D. *de legatis* 2°, confirme cette disposition : « Lorsqu'un fonds a été légué nommément, ce que le défunt y a ajouté après le testament, accroît au légataire, quoique le Legs soit conçu en termes qui n'ont nullement trait à l'avenir, comme, *l'héritage que j'ai*, pourvu cependant que le testateur n'ait pas possédé séparément cette partie, et qu'il l'ait au contraire confondue, et, pour ainsi dire, identifiée avec le fonds légué ».

Il y a dans les OEuvres de Duperrier, un arrêt conforme à cette loi; voici comment s'explique ce jurisconsulte : « Par arrêt donné au rapport de..... le 22 mars 1580, il fut jugé (au parlement de Provence), que le Legs d'une chose universelle, comme d'une terre et seigneurie, quoique fait par paroles de présent, pourvu que ce soit (en termes

Source : BIU Cujas

universels), comprend les biens acquis après le testament».

On trouve dans le Dictionnaire de Brillon, un arrêt semblable du parlement de Paris, du 5 juin 1709 : « Un homme ayant 200 livres de rente sur l'hôtel de ville, lègue à une personne en ces termes : *Je lègue ma partie de rente de 150 livres.* Les héritiers prétendirent que le Legs était nul, ou que le légataire ne pouvait prétendre que 150 livres de rente. Le légataire prétendit au contraire que toute la rente lui avait été léguée, et il obtint gain de cause, sur les conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury, qui dit que la faveur du Legs méritait quelque considération; que le testateur n'avait pas prétendu donner des bornes à sa libéralité; que ce qui pouvait faire quelque équivoque, était que le testateur n'avait alors que 150 l. à toucher, mais que, l'ayant depuis augmentée par une conversion, il était censé avoir donné la rente telle qu'elle se trouverait ».

On peut encore appliquer ici la loi 28, §. 6, et la loi dernière, §. 4, D. *de liberatione legatâ*, suivant lesquelles, le Legs de la libération de ce que doit le légataire au testateur, comprend les intérêts qui ont couru depuis le testament.

D'un autre côté, la loi 33, §. 1, D. *de legatis* 3°, semble faire entendre qu'il ne faut considérer, pour fixer l'étendue d'un Legs, que le temps où le testament a été fait : « un testateur a laissé à sa femme un Legs conçu en ces termes : *Je lègue à ma femme tout ce que je lui ai donné ou acheté pour son usage de mon vivant.* On demande si cette disposition s'étend aux choses qui ont été données après le testament. Et il faut répondre, que les paroles dont s'est servi le testateur, ne peuvent s'entendre de l'avenir ».

La loi 7, D. *de auro*, n'est pas moins formelle : « Un Legs fait de cette manière, *j'ordonne à mon héritier de donner à un tel mon habit, mon argenterie*, ne comprend que l'habit et l'argenterie que le défunt avait lors de son testament, parce qu'une disposition doit toujours s'entendre du temps présent, à moins qu'elle n'ait évidemment trait à l'avenir. Car lorsqu'un homme dit, *mon habit, mon argenterie*, le terme *mon* restreint clairement le sens de sa phrase au temps présent. Il en est de même d'un Legs conçu en cette forme, *mes esclaves* ».

La loi 28, §. 1 et 2, D *de liberatione legatâ*, reçoit encore ici une application directe et entière : elle décide que le Legs de la libération ne comprend que les dettes dont le légataire était redevable au temps de la confection du testament.

Maynard nous a conservé un arrêt du parlement de Toulouse, qui est parfaitement calqué sur ce texte. — Un testateur lègue à un de ses cousins la troisième partie de tous ses meubles et acquêts; quelque temps après, on lui fait une donation considérable; il meurt. Procès entre le légataire et l'héritier : le premier veut prendre le tiers de tous les meubles et acquêts qui se trouvent dans la succession; l'autre au contraire soutient qu'il n'a droit qu'au tiers des meubles et acquêts que le défunt possédait à l'époque de son testament. La cause portée devant des arbitres, sentence intervient en faveur de l'héritier; et sur l'appel du légataire, elle est confirmée par arrêt du mois de mars 1578.

Catellan propose la question « si dans le Legs des terres et possessions acquises en un tel lieu, sont comprises les acquisitions faites depuis le testament », et voici sa reponse : « Il a été décidé pour la négative; l'arrêt est du 6 mai 1665, en la première chambre des enquêtes, au rapport de M. de Guillermin ».

Mais comment accorder ces différentes décisions avec celles qui indiquent le temps de la mort du testateur, comme la mesure sur laquelle il faut régler l'étendue d'un Legs? Écoutons l'additionnaire de Duperrier : — « Il y a une distinction à faire à cet égard entre les Legs de certains effets mobiliers, et celui d'un fonds ou domaine. Il est décidé par la loi 7, D. *de auro*, et par la loi 28, D. *de liberatione legatâ*, qu'il faut considérer le Legs dans l'état où il était lors du testament; ce qui reçoit application, suivant les interprètes, à ce cas : un testateur lègue ce qu'il a mis en certain lieu; ce Legs ne s'étendra pas à ce qu'il y a mis depuis le testament. Au contraire, *si* après le testament par lequel il a légué un fonds, il y ajoute partie d'un autre fonds, elle appartiendra aussi au légataire. Loi 24, §. 2, D. *de legatis* 1°; loi 20, D. *de legatis* 2°. S'il lègue une place à bâtir, et qu'il y fasse ensuite bâtir une maison, le légataire en profitera. Loi 39, D. *de legatis* 2° ».

On trouve la même idée dans Catellan; mais elle y est mieux développée. Suivant ce magistrat, il faut distinguer si les choses qui se trouvent de plus au temps de la mort qu'à celui du testament, subsistent par elles-mêmes, ou si elles ne forment que des accessoires des effets légués. Dans le premier cas, le légataire ne peut y rien prétendre; mais dans le second, c'est à lui qu'elles appartiennent.— Les lois et les arrêts que nous venons de citer, se concilient facilement par cette distinction. Ainsi, dit Catellan, les intérêts qui ont couru depuis le testament jusqu'à la mort, « sont un accessoire du capital dont la libération est léguée; ils doivent suivre et augmenter le Legs de la libération. Il en est de même si le testateur ajoute au Legs un nom commun et général, comme accessoire; par exemple, s'il lègue un fonds garni, car il comprend tout ce que le testateur a acquis depuis le testament, pour rendre ce fonds mieux garni : loi 3, loi *pen.* D. *de instructo*; loi 28, D. *quandò dies legatorum*. Je crois qu'il en sera de même du Legs d'un corps, comme d'une métairie, qui comprendra ce que le testateur a ajouté à sa métairie depuis le testament (1), comme on peut inférer de la loi 24, §. 2,

(1) Il y a cependant un arrêt du parlement d'Aix, rapporté par Duperrier sous la date du 21 octobre 1570, qui

Source : BIU Cujas

D. *de legatis* 11°: il s'agit dans ces deux derniers cas de l'accessoire du Legs, de quoi il n'est pas question dans le cas de l'arrêt de 1665, où une pièce nouvellement acquise n'est pas l'accessoire des pièces de terres léguées, et fait un corps à part. Mais le Legs fait au serviteur de tout ce qu'il devra de l'administration par lui faite, ne comprend pas ce qu'il devra de l'administration faite depuis le testament, suivant M. Laroche; ce n'est pas non plus alors le cas de l'accessoire, c'est l'administration d'un autre temps que celui dont le testateur a parlé ».

[[L'art. 1019 du Code Napoléon porte : « Lorsque celui qui a légué la propriété d'un immeuble, l'a ensuite augmenté par des acquisitions, ces acquisitions fussent-elles contiguës, ne seront pas censées, sans une nouvelle disposition, faire partie du Legs. — Il en sera autrement des embellissemens, ou des constructions faites sur le fonds légué, ou d'un enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte ».]]

D'après cette théorie, il ne peut plus y avoir d'embarras dans la pratique, que sur la question de savoir si les choses survenues après le testament, sont accessoires à la chose léguée, ou non. — Il n'est guère possible de donner là-dessus des règles générales; c'est par la nature de chaque Legs qu'il faut décider ces sortes de questions.

Nous observerons seulement que tout ce qui survient à ce qu'on appelle en droit *universalité*, en est réputé accessoire, ou plutôt partie intégrante, et conséquemment en augmente le Legs. Le §. 20 *de legatis*, aux Institutes, contient la preuve et l'exemple de cette assertion : « Si l'on a légué le pécule d'un esclave (ce sont les termes de ce texte), tout ce qui y arrive d'augmentation ou de diminution du vivant du testateur, est au profit ou à la perte du légataire ». — C'est aussi ce que prouve le §. 18 du même titre : « Julien dit que les brebis qui ont été ajoutées au troupeau depuis le testament, font partie du Legs. En effet, un troupeau est un corps, un assemblage, un tout composé de plusieurs têtes séparées les unes des autres; de même qu'un édifice est un corps composé de plusieurs pierres jointes ensemble ».

Les lois 64, D. *de legatis* 3°, et 88, D. *de legatis* 2°, décident, d'après le même principe, que le Legs d'un *calendrier*, c'est-à-dire, d'un journal des dettes actives, comprend les créances que le testateur y a inscrites depuis le testament.

On doit, par la même raison, étendre le Legs d'une bibliothèque aux livres que le testateur a acquis dans l'intervalle du testament à son décès; mais il faut pour cela qu'il les ait destinés à faire partie de sa bibliothèque : car si les lois que nous venons de rapporter, décident de la manière qu'on l'a vu, c'est sur le fondement que les testateurs avaient fait entrer eux-mêmes les choses particulières dont il s'agissait, dans les choses universelles léguées par eux précédemment. — La *Collection* de Denizart nous fournit un arrêt qui autorise cette exception : « M. Fugères, conseiller à la cour des aides, qui, par son testament fait environ dix ans avant sa mort, avait légué sa bibliothèque à son exécuteur testamentaire, se trouvant, au moment de sa mort, légataire de la bibliothèque de M. Goguet, conseiller au parlement, son ami, décédé le 2 mai 1758, trois jours avant M. Fugères, il s'est agi de savoir si Me Lorri, nommé exécuteur du testament de M. Fugères, pouvait demander les deux bibliothèques, ou seulement celle du testateur. Par arrêt rendu le 9 avril 1759, la cour a jugé qu'il ne pouvait demander que celle du testateur, parceque l'autre n'était pas présumée appartenir à la succession, laquelle n'avait qu'une action pour en demander la délivrance. Il était d'ailleurs évidemment certain que le testateur était mort sans savoir qu'il était institué légataire de la bibliothèque de M. Goguet ».

La même exception résulte de la loi 32, §. 3, D. *de legatis* 2°. Un testateur avait légué tout ce qui se trouverait dans son grenier; et le légataire avait, à son insçu, transporté beaucoup d'effets dans ce grenier. On a demandé si ces effets étaient compris dans le Legs? Le jurisconsulte Modestinus a répondu que non.

La loi 39, §. 2, D. *de auro*, décide une espèce à peu près semblable. — Je lègue toute l'argenterie qui se trouvera à ma mort dans ma maison de campagne. Avant mon décès, on transporte de la ville à ma maison de campagne, de l'argenterie qui ne s'y trouvait pas à l'époque du testament : cette argenterie appartiendra-t-elle au légataire? Le jurisconsulte Javolenus répond qu'elle lui appartiendra, si le transport en a été fait par mes ordres; sinon, qu'elle demeurera à l'héritier. — On peut encore voir à ce sujet la loi 18, §. 12, D. *de instructo*, et la loi 34, §. 1, D. *de legatis* 3°.

Voici une espèce qui se rapporte naturellement à la matière des augmentations survenues, après le testament, à la chose léguée. — Le 2 janvier 1700, le sieur de Bregy avait fait un testament, et y avait inséré cette clause : « Je prie M. l'abbé de Courtenay de vouloir bien recevoir de moi un diamant de 300 louis d'or, que je lui donne. Pour l'exécution de mon présent testament, je nomme M. Boulin, conseiller de la cour des aides, le priant de vouloir bien agréer un diamant de 300 louis d'or que je lui donne ». — Le louis d'or ne valait, au temps de ce testament, que 13 livres 15 sous : le premier avril de la même année, le gouvernement

---

a jugé, « que le Legs fait d'une métairie avec ses appartenances et son afferme, indiquées par tel contrat passé devant tel notaire, ne comprenait pas les pièces de terre que le testateur avait puis après arrentées conjontement avec la métairie, et confondues dans un seul prix ». — Mais cette décision particulière ne détruit pas le principe qu'établit ici Catellan : l'indication du contrat où les fonds légués se trouvaient désignés, annonçait évidemment que le testateur n'avait voulu léguer que ce qui était affermé au temps de la confection du testament.

Source : BIU Cujas

le réduisit à 13 livres 5 sous; et en 1709, il le porta à 20 livres. — Le testateur mourut en novembre 1712. De là des difficultés entre l'héritier et les deux légataires. Le premier prétendait n'être obligé de payer les Legs que sur le pied de la valeur des louis au temps du testament; les seconds au contraire soutenaient qu'on devait les payer en louis de 20 livres. — La cause portée à l'audience de la grand'chambre du parlement de Paris, sur l'appel d'une sentence qui avait adopté la prétention des légataires, M. l'avocat général Joly de Fleury a observé que la question ne pouvait se résoudre que par les circonstances; et il en a remarqué quatre, dont l'ensemble formait, selon lui, une présomption violente de la volonté du testateur pour le parti embrassé par la sentence. — 1° Tous les autres Legs étaient exprimés en livres numéraires; les deux seuls dont il s'agissait, l'étaient en louis dor. Cette différence semblait annoncer que le testateur avait voulu que MM. de Courtenay et Boulin profitassent de l'augmentation des monnaies. — 2° Le testateur avait laissé une fortune considérable, que ne diminuait guère l'obligation imposée à l'héritier par les premiers juges, de payer les louis d'or à 20 livres. — 3° Les deux légataires avaient été unis au défunt par les nœuds de l'amitié la plus étroite; il avait fait l'un dépositaire de grandes sommes d'argent, et nommé l'autre son exécuteur testamentaire. — 4° Le testateur avait encore vécu trois ans depuis que les louis d'or avaient été portés à 20 livres, et il n'avait rien changé à son testament. — Par ces considérations, M. l'avocat général a estimé qu'il y avait lieu de mettre l'appellation au néant; et la cour s'est conformée à ses conclusions par arrêt du 22 février 1714, rapporté au Journal des audiences.

XVIII. Le Legs de la pratique d'un procureur comprend-il les frais et salaires dont ses clients lui étaient redevables à son décès, et qui ne lui étaient pas encore acquis lors de son testament? Oui, parceque la pratique d'un procureur est une universalité (*V.* le n° précédent). — Mais en serait-il de même, si au lieu de léguer sa *pratique*, un procureur léguait son *étude*, ou, comme on parle en quelques pays, son *comptoir*? on trouve dans le recueil de Wynants, §. 162, un arrêt d'expédient du conseil de Brabant, du 8 juillet 1708, qui juge pour l'affirmative.

XIX. Un commissaire au châtelet de Paris, qui laissait beaucoup de biens et point d'enfans, fait en faveur du fils d'un de ses confrères, une disposition conçue en ces termes: « Je donne et lègue à Mathieu Tierce, mon filleul, la somme de 5 liv. tournois ». — Le légataire prétend qu'il y a erreur dans le testament, et qu'au lieu de 5 livres, il faut lire 500 livres: il fonde cette interprétation sur la présomption qu'un testateur opulent ne lègue point une somme aussi modique à une personne de même état que lui, et sur le fait que, dans notre langue, on ne dit point *cinq livres*, mais bien *cent sous*. — L'héritier soutient, au contraire, que le Legs ne peut pas être étendu au-delà des expressions du testateur. Ces expressions, dit-il, sont claires; elles ne présentent ni obscurité ni équivoque; elles forment un sens complet, et il n'est personne qui ne les entende. C'est donc le cas de la loi 5, *de legatis* 3°, au Digeste: *cùm in verbis nulla est ambiguitas, non debet admitti voluntatis quæstio.* — La cause portée aux requêtes du palais, sentence qui ordonne qu'au lieu de 5 livres écrites dans le testament dont il s'agit, il sera payé au légataire la somme de 500 livres. — Mais sur l'appel, cette sentence est infirmée, et l'héritier est déchargé en payant 5 livres au légataire. — L'arrêt est rapporté au Journal des audiences, sous la date du 20 juillet 1678.

XX. Un arrêt du parlement de Toulouse, du 27 août 1728, a jugé, suivant le témoignage de Serres, « qu'un Legs conçu en ces termes: *Je lègue aux enfans de mon frère, à chacun deux cents livres*, devait être de deux cents livres pour chacun, quoique l'héritier prétendît qu'il ne devait être que de cent livres pour chacun d'eux ». — La même chose avait été jugée par un arrêt du parlement de Paris du 11 mars 1616, rapporté par Mornac. — L'héritier prétendait, dans l'une et l'autre espèce, qu'il fallait mettre une apostrophe au mot *deux*, et lire, *à chacun d'eux cent livres*; ce qu'il fondait sur la maxime, *in obscuris quod minimum est sequimur*. Mais les paroles du testateur étaient trop claires pour souffrir cette interprétation.

XXI. Voici une note que Maillart, commentateur de la coutume d'Artois, a insérée dans le Dictionnaire des arrêts de Brillon: « Dans une coutume où les avantages sont permis entre conjoints, un mari lègue sa part des meubles à sa femme: il décède; elle renonce, et veut tout avoir. Les héritiers n'en offrent que la moitié. M^e Le Vassor le jeune, procureur au parlement, m'a dit, le 8 octobre 1717, que MM. Lebrun et de Riparfond avaient estimé que la veuve devait avoir tout; qu'au contraire MM. de la grand'chambre, au rapport de M. Dreux, avaient estimé qu'elle ne devait avoir que la moitié, sans qu'il y ait eu de jugement ». *V.* ci-devant, n. 1, [[et mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Chose jugée*, §. 9.]]

XXII. Un testateur lègue une même chose plusieurs fois à une même personne: cette chose est-elle due plusieurs fois? Il faut distinguer si le Legs a pour objet un corps certain, ou une quantité.

Un corps certain, quoique légué plusieurs fois à une même personne, n'est cependant dû qu'une fois, à moins que le légataire ne prouve que le testateur a voulu lui laisser la chose en nature et obliger son héritier de lui en payer encore l'estimation. C'est ce que décident la loi 66, §. 5, D. *de legatis* 1°; la loi 21, §. 1, D. *de legatis* 3°; et la loi 42, §. 1, D. *de usufructu*.

Lorsqu'une même quantité est léguée plusieurs fois à une seule personne, il faut sous-distinguer:

Source : BIU Cujas

ou les Legs sont renfermés dans une même disposition, ou ils sont consignés dans différens testamens. — Au premier cas, les Legs ne sont dus qu'une fois, à moins que le testateur n'ait voulu les multiplier; ce qui doit être prouvé par le légataire. — Au second cas, la présomption est que le défunt a voulu léguer plusieurs fois la même somme; mais l'héritier peut la détruire par une preuve contraire. — Ces deux propositions sont justifiées par la loi 44, §. 3, D. *de legatis* 1°, et par la loi 12, D. *de probationibus*.

La loi 24, D. *de legatis* 1°, et la loi 22, D. *de legatis* 3°, nous fournissent un exemple remarquable de la manière dont un héritier peut prouver que le testateur n'a point eu l'intention de multiplier les Legs : elles décident qu'il n'est dû qu'un Legs, lorsque le testateur a dit : *Si je fais deux Legs à un tel, je veux qu'il n'en soit dû qu'un seul*, à moins qu'en multipliant les Legs, le testateur n'eût déclaré spécialement qu'il avait changé de volonté, et qu'il entendait que le légataire eût tous les Legs qu'il lui faisait.

Furgole fait là-dessus une observation importante : « Quoique les interprètes aient fondé sur ces lois les clauses dérogatoires et leurs effets, et que ces clauses dérogatoires soient abrogées par l'ordonnance de 1735, je ne pense pas que l'objet du législateur, en abrogeant une jurisprudence qui s'était glissée contre la pureté du droit, ait été de déroger aux lois dont nous venons de rapporter le cas, parcequ'il n'y a rien qui ne soit raisonnable. Il a proscrit les abus et les mauvaises conséquences, sans toucher à la source qui y avait donné occasion ».

On peut aussi prouver que le testateur n'a point voulu multiplier les Legs de quantité, par la circonstance qu'il les a portés dans son codicille à un taux plus ou moins élevé que dans son testament. C'est la règle que M. d'Aguesseau tire de la loi 18, D. *de alimentis legatis*; voici comment il l'exprime : *quòd si major quantitas codicillis quàm testamento legata sit, majori minor inesse intelligitur, nisi aliter probaverit legatarius*. Nous observerons cependant que le texte sur lequel se fonde ce magistrat, ne paraît pas autoriser une maxime aussi générale : il ne l'établit expressément que pour le cas où le testateur a donné au Legs contenu dans son codicille, la même destination qu'à celui qui est porté dans son testament; comme lorsque, par l'un de ces actes, il laisse à quelqu'un une rente viagère de 200 liv., pour lui servir d'alimens, et que, par l'autre, il lui lègue une rente viagère de 300 livres pour la même fin.

XXIII. On a vu plus haut, que la coutume d'Artois imite à un usufruit triennal la disponibilité des propres qu'elle régit : de là naît la question de savoir ce que comprend le Legs de cet usufruit ? « Il comprend (répond Maillart), tout le produit ordinaire, extraordinaire ou casuel, qui échet durant trois années; de sorte, par exemple, que si, à cause des cas imprévus, il n'y avait rien à percevoir, le légataire ne pourrait pas prétendre la récompense des années stériles, sur celles qui suivraient la fin de son usufruit, parceque le Legs n'est pas d'une certaine quantité de fruits à prendre sur ceux de chaque année, auquel cas il faudrait suppléer les années stériles par les suivantes; mais d'une généralité de fruits, laquelle recevant augmentation ou diminution, est sujette au hasard : l'usufruitier y est soumis comme le propriétaire l'aurait été, car l'usufruit général met l'usufruitier à la place du propriétaire. Le bénéfice des saisies féodales où il échet perte de fruits, appartiendra au légataire du revenu pendant trois années : ainsi, le légataire pourra les exercer, pourvu qu'il fasse insérer dans les procédures le nom du propriétaire. Mais les saisies féodales qui ne produisent pas la perte des fruits, et qui ne tendent qu'à la conservation des droits honorifiques de la seigneurie, ne peuvent être faites qu'à la requête du propriétaire, et non pas à celle de l'usufruitier, parcequ'il ne lui en doit rien avenir. Quant aux fruits dont la récolte n'est faite que de temps en temps, par exemple, les poissons des étangs, les bois taillis, à moins qu'il n'y ait des coupes réglées par chaque année, le légataire aura le produit entier durant chacune de ces trois années. Un arrêt du 14 février 1619, rendu au grand conseil de Malines (et rapporté par Dufief et Dulauri), a déclaré que le légataire de trois ans devait avoir la coupe entière du bois qui écherrait en l'une desdites trois années, en conséquence de l'usage de couper le bois taillis de neuf ans en neuf ans; et cela sans en donner aucune portion à l'héritier *ab intestat* ».

Sur la question de savoir ce que comprend le Legs d'usufruit en général, et en quoi il diffère du Legs des revenus annuels, *V. Usufruit*.

XXIV. Denizart dit « qu'au mois de juillet 1761, on a plaidé la question de savoir si le Legs fait par le cardinal de Tavannes à ses valets-de-chambre, de sa *garde-robe*, *aubes*, *rochets*, *habits de chœur et d'église*, comprenait les habits pontificaux, c'est-à-dire, les chapes, mitres, étoles, etc., et que la cour a jugé qu'il ne les comprenait pas ».

Suivant le même auteur, il a été jugé par arrêt du 16 juillet 1762, « que le Legs fait par une maîtresse à sa femme-de-chambre, en ces termes, *je laisse à ma femme-de-chambre ma garde-robe, c'est-à-dire, mes robes, garnitures, hardes et linges*, ne comprenait pas les draps et linges de table, ni un manchon de queue de marte valant 400 livres ».

XXV. Voici une espèce qui a quelque rapport avec les deux précédentes.

La dame de Beauvilliers, décédée au mois de décembre 1780, avait fait un testament olographe au mois de mars 1776. Ce testament contenait,

Source : BIU Cujas

entre autres dispositions, un Legs au profit de ses trois femmes-de-chambre, conçu en ces termes : « Je donne et lègue à la demoiselle de Caux et aux deux demoiselles Graillot, mes femmes-de-chambre, toute ma garde-robe, consistante, tant dans mon linge de corps et dentelles servant à mon usage, comme dentelles à l'aune, manchettes, coiffures, fichus, couvre-pieds, manteaux de lit et toilettes, que dans mes habits de cour et autrement, ceux d'or et d'argent, à l'exception de celui dont j'ai disposé par l'article 35 de mon présent testament, pour faire un ornement à l'église de Notre-Dame de Cléry ; et pour que ce don soit profitable à mes trois femmes, j'ordonne qu'il soit partagé entre elles par tiers et portions égales ». La dame de Beauvilliers avait ajouté : « Je veux que toutes les pensions que je fais aux gens qui sont actuellement à mon service, et que je nomme et désigne, ainsi que l'argent que je leur donne au jour de ma mort, ne leur soient payés et donnés qu'autant qu'ils seront alors à mon service, ou qu'ils s'en seront retirés de mon consentement ». — Ces dispositions ont donné lieu à deux questions : la première, de savoir si deux des trois femmes-de-chambre dénommées dans le testament, qui ne s'étaient plus trouvées au service de la dame de Beauvilliers à l'instant de son décès, étaient appelées à recueillir le Legs de la garde-robe ; La seconde, si le Legs de la garde-robe comprenait les dentelles non employées, et toutes celles qui étaient échues à la dame de Beauvilliers comme dame d'honneur de mesdames Henriette et Adélaïde de France. — Les héritiers soutenaient que les termes, *servant à mon usage*, limitaient le Legs aux ajustemens à l'usage de la défunte, et excluaient toutes les dentelles d'un prix considérable, qui garnissaient les couvre-pieds, les manteaux de lit, les toilettes et les taies d'oreiller, qu'elle avait retirés des appartemens des princesses, en qualité de dame d'honneur. — Les légataires disaient au contraire, que l'intention de la testatrice était claire et précise ; qu'elle avait donné *toute sa garde-robe, toutes ses dentelles ;* qu'elle avait désigné les dentelles à l'aune, les manteaux de lit, les couvre-pieds, les toilettes, et qu'il était impossible de leur refuser ces objets, sans aller contre le texte formel du testament. — Les deux femmes-de-chambre qui avaient quitté la testatrice, prouvaient d'ailleurs, par des titres écrits de sa main, qu'elle leur avait conservé ses bontés. — Les deux questions avaient été jugées en faveur des légataires, par une sentence du châtelet du mois d'août 1781. Cette sentence a été confirmée par arrêt du 20 décembre suivant.

XXVI. Le légataire d'une rente a-t-il droit aux arrérages échus avant la mort du testateur à qui elle était due ? Cette question a partagé les suffrages des auteurs.

Surdus, décision 88, soutient l'affirmative, et l'appuie sur cinq argumens.

Le premier est tiré de la loi 34, D. *de legatis* 3°, dont voici les termes : « Un testateur a disposé en cette forme d'une dette active : *Je lègue à Titius les dix écus d'or que me doivent les héritiers de Caïus Seïus, et je veux que mon héritier lui transporte les actions et lui cède les gages que j'ai pour cette créance.* On demande si l'héritier ne sera tenu que de donner dix écus d'or à Titius, ou s'il faudra qu'il lui cède toute la dette, c'est-à-dire, les intérêts qu'elle a produits ? La réponse est que le Legs comprend généralement tout ce que doivent les débiteurs. On demande en outre si les gens d'affaires du testateur ayant, à son insçu, stipulé une nouvelle créance des arrérages dus par les débiteurs, cette créance doit appartenir à Titius en vertu du Legs transcrit ci-dessus ? La réponse est qu'elle lui appartient ».

Le second argument résulte de la loi 77, §. 9, D. *de legatis* 2°. Ce texte décide qu'une fille à qui son père a légué une chose provenant de sa mère, ne peut pas prétendre à ce titre les fruits que le testateur a perçus et qu'il a consumés dans l'intervalle du testament à son décès ; d'où il suit, selon Surdus, que si les fruits n'étaient pas consumés, ils appartiendraient à la légataire.

Le troisième argument est fondé sur le §. 20 de la même loi, dont voici les paroles : « Un père s'exprime ainsi dans son testament : *Je veux, mon fils, que vous abandonniez à mes chers frères, vos oncles, tout ce que je possède dans la Lycie, dans la Pamphilie ou ailleurs, du chef de ma mère, afin que vous n'ayez avec eux aucune contestation.* Ce Legs embrasse tous les biens maternels que le testateur a possédés spécifiquement comme tels ; mais il ne s'étend ni aux deniers qu'il en a tirés et versés dans son propre patrimoine, ni aux choses qui lui ont été adjugées par droit de partage ; parceque son intention n'a été que de prévenir les discordes de parens dont la communauté de possessions est la source ». — Il résulte de ce texte, dit Surdus, que le légataire doit avoir toutes les dépendances de la chose léguée que le testateur n'en a point séparées et qu'il n'a point incorporées à son patrimoine : or, tels sont les arrérages d'une rente que le testateur n'a point exigés de son vivant ; ils doivent donc appartenir au légataire.

Pour quatrième argument, Surdus cite la loi 59, D. *de legatis* 3°, la loi 44, §. 5 et 6, D. *de legatis* 1°, et la loi 18, §. 2, D. *de mortis causâ donationibus*, qui établissent que le Legs d'un billet appartenant au testateur, n'a pas seulement pour objet le corps du papier, mais la dette dont il renferme la preuve, et tout ce qui doit provenir de l'action à laquelle il sert de base.

Enfin, et c'est son cinquième argument, Surdus dit que les arrérages d'une rente sont de purs accessoires de la rente même ; qu'il est de la nature d'un accessoire de suivre la condition du principal ; et que le testateur donnant au légataire le droit d'exiger les revenus de la chose léguée, il n'y a point de raison pour ne pas appliquer sa libéralité aux revenus échus comme aux revenus à échoir.

Source : BIU Cujas

Cette opinion est incontestable dans deux cas : 1° lorsque la rente est léguée *avec ses arrérages*, *avec ses cours*, *avec ses canons*, ou en d'autres termes équivalens ; 2° lorsque le testateur s'est servi de quelques expressions qui indiquent, de sa part, une volonté évidente de léguer tous les droits qu'il avait contre le débiteur de sa rente.

Mais dans la thèse générale, c'est-à-dire, quand le testateur a légué purement et simplement une rente, il faut dire avec Roderic, *de annuis redditibus*, liv. 3, quest. 6, n. 55, Oléa, *tract. de cess. jur. et action.* tit. 6, quest. 6, Vivius, *decis.* 8, *lib.* 1, et plusieurs autres auteurs, que les arrérages échus avant sa mort, appartiennent à l'héritier. C'est ce qu'a jugé un arrêt du conseil souverain de Brabant, du mois de juillet 1711, rapporté par Winantz; et cette décision est justifiée par les raisons les plus précises.

C'est une maxime constante, que le légataire n'a aucun droit aux émolumens qu'a produits la chose léguée du vivant du testateur. La loi 91, §. 6, D. *de legatis* 1°, porte que le Legs fait et échu à un esclave pendant la vie de son maître, n'appartient pas au légataire de cet esclave, mais à l'héritier du maître. Le §. 1 de la même loi décide la même chose par rapport aux arrérages dus par le fermier d'un fonds légué, quoique dans l'espèce dont il parle, il soit question d'un Legs conçu en ces termes : *Je donne tel fonds comme je l'ai possédé jusqu'au jour de ma mort ;* paroles qui semblent comprendre tous les droits du testateur, mais qui, dans le vrai, se réfèrent uniquement à la propriété.

Il n'est pas difficile de répondre aux textes qu'oppose Surdus.

Il ne s'agit dans la loi 34, D. *de legatis* 3°, que des intérêts d'un simple prêt ; le jurisconsulte décide qu'ils appartiennent au légataire, parceque ce sont de purs accessoires : en effet, ils ont par eux-mêmes si peu de consistance, qu'en termes de droit, on ne peut pas en former la demande sans agir en même temps pour le principal ; c'est ce que prouve la loi 4, C. *depositi ;* et comme, dans le cas d'un Legs, le principal n'appartient pas à l'héritier, mais au légataire, il est évident que ce n'est point au premier, mais au second à les exiger. Il en est tout autrement des arrérages d'une rente ; on doit considérer un contrat de constitution comme un acte par lequel le créancier achète une redevance annuelle pour un certain prix qui forme le capital : ainsi, les arrérages d'une rente ne sont pas plus accessoires du capital, que la chose vendue ne l'est du prix ; ils sont et doivent être regardés comme autant de capitaux séparés. Cette idée sera développée à l'article *Rente*. — D'après cela, l'argument que tire Surdus de la loi 34, D. *de legatis* 3°, se rétorque contre lui-même : ce texte fait entendre très clairement que le légataire n'a régulièrement aucun droit aux intérêts échus avant la mort du testateur, lorsqu'ils ont perdu leur qualité d'accessoires ; c'est ce qui résulte de ces termes : « On demande si les gens d'affaires du testateur ayant, *à son insçu*, stipulé une nouvelle créance des intérêts dus par les débiteurs, cette créance doit appartenir à Titius en vertu de son Legs ? La réponse est qu'elle lui appartient ». — On voit que le jurisconsulte ne décide ainsi, que parceque le testateur ignorait que les intérêts avaient cessé d'être accessoires et formaient un capital existant par soi ; et ses termes ne permettent pas de douter qu'il n'eût répondu autrement sans cette circonstance.

La loi 77, §. 19, D. *de legatis* 2°, n'est pas plus favorable au sentiment que nous combattons. Tout ce qui en résulte, c'est que le légataire d'un fonds a droit aux fruits que le testateur a mis à part, *in separato habuit*, parceque cette action annonce de sa part une volonté constante de faire accroître les fruits au Legs du fonds.

Le §. 20 de la même loi n'a aucun rapport à la question : il ne parle ni de fruits, ni de revenus, ni d'accessoires, mais seulement de corps certains.

A l'égard des lois citées à l'appui du quatrième argument, elles ne peuvent s'appliquer qu'au second des cas où nous avons dit qu'on doit admettre l'opinion de Surdus.

XXVII. Si, comme on vient de le prouver, le légataire n'a régulièrement rien à prétendre sur les fruits et les arrérages échus du vivant du testateur, au moins n'a-t-il point droit à tous ceux que la chose léguée a produits depuis le décès, ou ne courent-ils à son profit que du moment où il forme sa demande en délivrance ? — Cette question souffre de grandes difficultés dans le droit romain.

D'un côté, la loi 3, la loi 32, §. 2, la loi 34, D. *de usuris*, la loi 25, D. *de legatis* 1°, la loi 84, la loi 87, §. 1, D. *de legatis* 2°, décident que les fruits et les intérêts des choses léguées courent de plein droit du jour que l'héritier est en demeure d'acquitter les Legs ; ce qui paraît devoir s'entendre du jour de leur échéance. La loi 40, D. *de acquirendo rerum dominio*, paraît confirmer cette interprétation ; en obligeant l'héritier à la restitution des fruits qu'il a perçus d'un fonds héréditaire, depuis qu'il a eu connaissance du Legs que le testateur en avait fait.

D'un autre côté, les lois 1 et 2, C. *de usuris et fructibus legatorum*, portent que les fruits et les intérêts des choses léguées sont dus au légataire du jour de la contestation en cause ; ce qui amène naturellement la conséquence, que le légataire ne peut pas les prétendre d'un temps antérieur. — La loi 4 du même titre est encore plus précise. « Dans les Legs et les fidéicommis (dit-elle), on n'adjuge les fruits que du jour de la contestation en cause, et non de celui du décès, soit que les légataires et fidéicommissaires se pourvoient par action réelle, soit qu'ils agissent

Source : BIU Cujas

personnellement ». — Accurse et Voët restreignent ce texte aux Legs de biens d'autrui ; mais cette restriction n'est pas seulement dénuée de toute espèce de fondement, elle est encore condamnée par le texte même ; car on a vu à l'article *Légataire*, §. 6, qu'on ne peut demander par action réelle que les Legs des choses qui appartenaient au testateur lors de son décès.

Ces différentes décisions, quoique contraires en apparence les unes aux autres, peuvent cependant être ramenées à un certain point d'uniformité.

D'abord, il est certain que les lois qui adjugent les fruits et les intérêts du jour que l'héritier a été mis en demeure, ne doivent pas s'entendre du jour que les Legs sont échus ; car ce n'est point l'échéance des Legs, qui détermine la demeure de l'héritier. Un légataire ne peut pas se plaindre de n'avoir pas reçu son Legs avant d'en avoir fait la demande ; et conséquemment il n'y a point de retard, tant que l'héritier n'a pas été interpellé d'une manière légale, de délivrer la chose léguée. *Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex personâ, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit :* ce sont les termes de la loi 32, D. *de usuris.*

La loi 40, D. *de acquirendo rerum dominio*, n'est peut-être pas aussi contraire à ce principe qu'elle le paraît : elle exige, pour que l'héritier soit tenu à la restitution des fruits, qu'il ait eu connaissance, en les percevant, du Legs que le testateur avait fait du bien qui les a produits ; or, comment peut-il acquérir légalement cette connaissance, si ce n'est par la demande que lui en a faite le légataire ? Avant cela, il peut, à la vérité, savoir que le testateur a disposé ; mais il ignore si sa disposition sera acceptée, et par conséquent on ne peut pas dire qu'il ait connaissance du Legs ; car ce mot *Legs* doit être entendu avec effet.

Mais comment concilier ces lois avec les deux premières et la dernière du titre *de usuris et fructibus legatorum*, au Code ? Accurse, Barthole et le président Favre répondent qu'il faut sous-entendre dans celles-ci la restriction, *nisi mora præcesserit litis contestationem.* En effet, il est évident que si elles parlent de la contestation en cause, c'est uniquement par opposition à l'époque du décès : elles ne font aucune mention du temps de la demeure, parcequ'il arrive souvent que l'héritier n'a pas été mis en retard avant d'être appelé en justice, et que lors même qu'il a essuyé une interpellation préalable, on n'en a pas toujours la preuve sous la main.

Ainsi, on peut dire que toutes les lois citées sont d'accord entre elles sur le point essentiel, c'est-à-dire, sur le refus qu'elles font au légataire des revenus produits par la chose léguée antérieurement au retard de l'héritier : elles sont peut-être divisées relativement à la question de savoir comment et à quelle époque se forme ce retard ; mais cette question est plus de fait que de droit, suivant la loi 32, D. *de usuris.*

[[Il reste cependant une loi qui fait courir les fruits au profit du légataire, à compter du jour de l'ouverture du Legs, et qui n'est susceptible d'aucune conciliation avec les autres : c'est la loi 42, D. *de usuris. V. Légitime*, sect. 8, §. 3, art. 1, n. 12.]]

Quoi qu'il en soit, dans nos usages, la demeure s'encourt par une demande portée en justice : pour en fixer l'époque précise, il ne faut ni remonter jusqu'à l'échéance du terme ou au moins jusqu'à l'interpellation extrajudiciaire, ni descendre jusqu'à la contestation en cause ; c'est l'exploit d'ajournement qui la forme, et par conséquent c'est du jour que le légataire a intenté son action en délivrance, que courent à son profit les fruits ou les intérêts de la chose léguée. Bacquet a soutenu cependant qu'on devait les adjuger du jour de la mort ; mais son opinion a été rejetée par tous les tribunaux français ; et l'on a toujours jugé, conformément à l'esprit plutôt qu'à la lettre des lois romaines, que l'héritier fait sien tout ce qu'il perçoit avant que la demande du légataire ait été formée.

Montholon en rapporte un arrêt prononcé solennellement en robes rouges, le 7 septembre 1584. Il s'agissait du Legs d'une rente de 300 livres. Le légataire voulait obliger l'héritier à lui rembourser les arrérages échus avant l'exploit d'ajournement, et il a été débouté de sa prétention.

Dans l'espèce rapportée ci-devant, n. 10, la demoiselle de Saint-Quentin soutenait que l'héritier, prenant le parti de lui constituer une rente en acquit de son Legs, suivant la faculté que lui en laissait le testament, devait lui en payer les intérêts depuis le jour du décès de la testatrice : mais par l'arrêt cité du 27 mai 1710, l'héritier n'a été condamné à ces intérêts que du jour de la demande.

[« La cour (dit Denizart), a jugé par un arrêt du 15 février 1729, rendu à la grand'chambre, sur les conclusions de M. l'avocat général d'Agesseau, qu'un héritier collatéral qui renonçait à la succession, pour se tenir au Legs universel, ne pouvait prétendre les fruits que du jour de la demande en délivrance ».

Winantz, §. 118, rapporte pareillement un arrêt du conseil de Brabant du.... août 1701, qui a jugé que les intérêts d'une somme léguée ne sont dus que du jour de la demande.

Enfin l'ordonnance de 1747, tit. 1, art. 40, porte que *les fruits ne seront dus en conséquence du fidéicommis, que du jour de l'acte par lequel l'exécution de la substitution aura été consentie, ou de la demande qui sera formée à cet effet.* On a établi ci-devant, sect. 1, un principe qui nécessite l'application de cet article aux légataires.

[[Et en effet, l'art. 1015 du Code Napoléon, soumet les légataires particuliers à la même règle.

Source : BIU Cujas

Quant aux légataires universels, *V. Légataire*, §. 5, n. 18.]]

XXVIII. Il y a cependant plusieurs exceptions à cette jurisprudence.

« La première est (dit Ricard), si le testateur n'en a autrement ordonné, en déclarant que son intention était que l'héritier payât les intérêts et restituât les fruits des choses léguées, du jour de son décès ou de tel autre terme que bon lui a semblé. Loi 43, §. 2, D. *de legatis* 2°..... En ce cas, les fruits et les intérêts peuvent être exigés par les légataires, non pas directement comme étant accessoires du principal et comme étant dus par la nature de la chose, mais indirectement et par le moyen de la fiction que le testateur a voulu léguer le bien de l'héritier; de sorte que ces fruits et intérêts composent d'eux-mêmes un principal, et doivent en conséquence entrer en considération et en ligne de compte, pour voir si le testateur, dans la quantité de ses Legs, n'a pas excédé ce qui lui était permis par la coutume; au lieu qu'autrement, et si ces fruits et intérêts étaient dus directement, il ne faudrait considérer que le fonds du Legs, et réputer les fruits et intérêts accessoires du principal ».

Cette doctrine a été confirmée par un arrêt du grand conseil du 10 janvier 1708, rapporté dans le recueil de Brillon. — Le sieur de Molac avait fait à ses domestiques plusieurs Legs terminés par cette clause : « Et où ils ne seraient payés trois mois après mon décès, j'ordonne qu'ils auront l'intérêt desdites sommes, duquel je leur fais pareillement don et Legs ». Les héritiers prétendaient, malgré une disposition aussi précise, ne devoir les intérêts que du jour de la demande; mais l'arrêt cité leur a ordonné de les payer du jour de l'expiration des trois mois.

Il y a plus : quoiqu'un testateur n'ait pas légué expressément les intérêts, s'il résulte des termes dont il s'est servi, que son intention a été de les léguer effectivement, les héritiers doivent être condamnés à les fournir. C'est ce que prouvent la loi 3, §. 3, D. *de usuris*, et la loi 43, §. 2, D. *de legatis* 2°. — Et c'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Paris, du 15 avril 1768, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury. Un testateur avait légué aux pauvres de sa paroisse une somme de 4,000 livres pour en faire un fonds, et cette somme était payable dans un an, à compter du jour de son décès, sans intérêts jusqu'à ce temps. Les 4,000 livres n'ayant point été payées au terme prescrit, il s'est agi de savoir si les intérêts en étaient dus depuis l'année du décès révolue, ou seulement du jour de la demande en délivrance de Legs; et la cour a adopté le premier parti, d'après l'intention du testateur, prouvée par la décharge d'intérêts qu'il avait accordée à ses héritiers pour un an seulement. Cet arrêt est rapporté par Denizart.

[[*V.* l'art. 1015 du Code Napoléon, rapporté au mot *Légataire*, §. 5, n. 18.]]

XXIX. La seconde exception est lorsque le Legs est destiné à tenir lieu d'une chose qui produit des fruits et des intérêts de plein droit. C'est ce qu'on voit, par exemple, dans les dispositions qui ont pour objet de doter des filles; car les fruits ou les intérêts en sont dus dès le moment du mariage. Ricard dit que le parlement de Paris « l'a jugé de cette sorte, par arrêt du 7 janvier 1603, dans le cas du Legs d'une somme de mille écus, fait par un père à chacune de ses filles, payable lors de leur mariage ». — La même chose a été jugée par un autre arrêt de la même cour, du 12 août 1606, rapporté par Brillon au mot *Intérêts*. — Le président Favre nous en fournit deux semblables, rendus au sénat de Chambéry les 26 août et 17 décembre 1592 (1).

Par la même raison, les intérêts d'un Legs fait pour tenir lieu de portion héréditaire ou de légitime, courent de plein droit du jour que la succession a été ouverte. — « C'est (dit Ricard), l'espèce d'un arrêt du 2 janvier 1609. Il s'agissait d'un Legs fait par Philippine Lescot à ses filles, de la somme de 300 écus pour chacune, qui leur tenait lieu de légitime, et dont les intérêts furent adjugés du jour de la mort de leur mère, encore que les sommes qui leur avaient été léguées, ne leur fussent payables qu'en trois paiemens égaux, lorsqu'elles seraient colloquées par mariage. — Il a aussi été jugé (continue Ricard), par arrêt intervenu à l'audience de la grand'chambre, du 14 février 1648, que du Legs fait par un père à sa fille, de la somme

(1) Il y a cependant un arrêt du parlement de Toulouse, rendu en mai 1666, qui a jugé que « les intérêts d'une somme léguée pour aider à marier la fille de l'héritier, et ensuite constituée par l'héritier à la fille en la mariant, ne sont pas dus sans interpellation par le substitué ». — Les motifs qui ont déterminé les juges, sont ainsi exposés par Catellan : « La destination faite par le testateur de la somme léguée, pour aider à marier une fille, ne change point la nature du Legs, et ne fait pas que la somme léguée soit due *ex causâ dotis*: la constitution faite par l'héritier, le rend bien débiteur *ex causâ dotis*, mais non l'hérédité ni le substitué qui n'a pas fait la constitution; comme la légataire se constituant elle-même cette somme léguée, n'aurait pu rendre l'héritier débiteur *ex causâ dotis*, quoique cette constitution lui eût été notifiée, s'il n'y avait pas eu d'assignation, de même la constitution faite par l'héritier, n'a pu changer la nature du Legs à l'égard du substitué, ni empirer sa condition; et si l'instance faite contre l'héritier en paiement du Legs, charge le substitué des intérêts qui ont couru depuis, c'est parceque le légataire ayant fait ce qu'il pouvait pour être payé de son Legs, il est juste que cette diligence et ce soin lui procurent les intérêts qui sont toujours dus sur le même patrimoine qui doit le capital ».

Ces raisons sont sans réplique, si l'on suppose que les Legs de sommes, pour doter des filles, ne produisent jamais d'intérêts de plein droit. Mais cette supposition est-elle exacte ? Ne peut-on pas dire qu'elle contrarie l'intention présumée du testateur ? Celui qui lègue une somme de deniers à une personne du sexe, avec la clause qu'elle lui tiendra lieu de dot, n'est-il pas censé vouloir que la légataire tire de sa libéralité les mêmes avantages que d'une constitution dotale · n'est-ce pas ici un de ces cas où l'on peut dire, *subrogatum sapit naturam subrogati* ?

Source : BIU Cujas

de 18,000 livres à prendre sur ses meubles, à la charge qu'elle ne pourrait rien prétendre au surplus de ses biens, les intérêts étaient dus du jour de la mort du père ». — Le parlement de Toulouse a jugé la même chose par un arrêt du 6 juin 1585, rapporté par Larocheflavin; et le président Favre en cite un pareil du sénat de Chambéry, du 26 août 1592.

Il y a des auteurs qui étendent cette jurisprudence à tous les Legs faits aux descendans; et c'est en adoptant leur opinion, que Denizart a dit que la *nécessité de la délivrance du Legs pour que le légataire profite des fruits, n'a pas lieu quand il est fait à un héritier en ligne directe.* Mais Ricard, qui voyait tout en jurisconsulte, soutient, avec plus de raison sans doute, « qu'il en faudrait dire autrement si le Legs était au-delà de la portion héréditaire du fils légataire; car pour lors, comme la raison du privilège cesserait pour ce qui se trouverait excéder la part qui devait appartenir au légataire en vertu de la loi, il ne pourrait en prétendre l'intérêt que du jour de la demande ». — L'art. 40 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747, confirme ce sentiment.

On a élevé à ce sujet la question de savoir si le Legs fait à une fille qui a renoncé par son contrat de mariage, porte intérêt du jour du décès? La raison de douter est qu'elle n'a plus rien à prétendre, comme héritière ni comme légitimaire. Cependant il faut dire avec Lebrun, « que l'intérêt est dû du jour du decès du père, parcequ'un tel Legs est un rappel jusques à concurrence, et est un véritable supplement de légitime, sous le titre d'une donation testamentaire, suivant la loi 1, C. *de imponendâ lucrativâ descriptione*, qui dit : *In tam enim necessariis conjunctisque personis, sub liberalitatis appellatione debitum naturale persolvitur* ».

XXX. La troisième exception est en faveur d'un Legs de revenus annuels ou d'une pension viagère. Comme en ce cas les fruits et intérêts composent toute la chose léguée, il faut nécessairement qu'ils soient dus à compter du jour que le Legs échoit; autrement on dérogerait à la règle (établie à l'article *Légataire*, §. 5) qui fait remonter la propriété du légataire à l'époque de l'échéance du Legs. — Au reste, les arrêts ne laissent là-dessus aucune difficulté. — Il y en a un du 28 août 1708, rapporté au Journal des audiences, qui adjuge un Legs de 200 livres de pension viagère, *avec les intérêts du jour du décès.* — Denizart en cite deux autres : « Le Legs d'une rente viagère, dit-il, court du moment du décès du testateur, *et il en est de même d'un Legs d'usufruit* (1). La cour l'a ainsi jugé par un arrêt du 6 septembre 1742. Le 16 juillet 1762, la cour a pareillement jugé que le Legs d'une rente viagère de 200 livres, non saisissable, fait par une maîtresse à sa femme de chambre, aurait lieu du jour du décès, et non du jour de la demande en délivrance ».

[[*V.* l'art. 1015 du Code Napoléon, rapporté à l'article *Légataire*, §. 5, n. 18.]]

XXXI. Il y a une quatrième exception pour les Legs pieux : la loi 46, §. 4, C. *de episcopis et clericis*, et la novelle 131, ch. 12, en font courir les intérêts sans interpellation et de plein droit, du moment que le testateur est décédé; et on le juge ainsi au sénat de Chambéry, suivant le témoignage du président Favre.

Mais doit-on juger de même dans nos tribunaux? Ricard soutient la négative : « Encore que nous déférions beaucoup à la disposition du droit écrit, ce n'est toutefois qu'aux choses qui sont conformes à la raison, et non point par nécessité; ce qui fait que nous n'y avons point d'égard pour ce qui est des établissemens et des privileges particuliers qu'il a introduits pour servir d'exception aux maximes générales, sinon en ce que nous les avons jugés raisonnables et avons trouvé à propos de leur donner lieu parmi nous; et pour lors, nos rois les ont admis particulièrement dans leurs ordonnances; ce qui ne paraissant pas avoir été fait en cette occasion, et d'ailleurs l'église étant sujette au droit commun lorsqu'il s'agit de profiter, je ne crois pas qu'elle doive jouir de cette prérogative, aux termes de notre jurisprudence ».

On trouve dans le Journal des audiences, un arrêt du 22 mars 1708, qui l'a jugé ainsi; en voici le sommaire : « Legs pieux en deniers pour faire un fonds, ne portent intérêt que du jour de la demande, soit qu'on les prenne de la main de l'héritier ou du légataire universel, quoique le légataire universel profite des intérêts de son Legs universel du jour de sa demande, antérieure de vingt ans à la demande des Legs pieux ».

Il y a dans le même recueil un arrêt du 28 août suivant, qui *fait délivrance à l'hôpital général et aux enfans trouvés, d'un Legs particulier de 5000 livres à chacun, avec les intérêts du jour de la demande.* — Brillon en cite un semblable du 21 avril 1698.

Il semble que les parlemens de droit écrit devraient juger le contraire; et c'est ce que fait effectivement celui d'Aix, comme le prouve un arrêt qu'en rapporte Boniface sous la date du 28 mars

(1) Cet *italique* renferme une erreur qui n'a pas pu être sentie par Denizart, parceque cet auteur n'était pas jurisconsulte. Rien n'est aussi ressemblant pour un praticien, qu'un Legs d'usufruit et un Legs de revenus annuels; mais on verra au mot *Usufruit*, qu'il existe une très grande différence entre l'un et l'autre. Pour nous borner ici à la matière des restitutions de jouissances, comment un légataire usufruitier pourrait-il prétendre celles qui sont antérieures à sa demande en délivrance? Ne serait-ce pas aller directement contre la lettre et l'esprit de tant de lois qui bornent le droit d'un usufruitier aux fruits qui ont été perçus en son nom?

[[Cependant le Code Napoléon adopte l'opinion de Denizart; l'art. 604 de ce Code adjuge les fruits à l'usufruitier *du moment où l'usufruit a été ouvert.*]]

Source : BIU Cujas

1670. — Mais on suit à Toulouse la même jurisprudence qu'à Paris ; écoutons Catellan : « L'hôpital général Saint-Joseph de la Grave demandait que les intérêts d'un Legs fait à ses pauvres par la nommée Grateloup, leur fussent adjugés depuis la mort de cette femme ; mais (par arrêt rendu le 17 novembre 1670, à mon rapport), ils ne le furent que depuis l'interpellation. La raison fut que le Legs provenant d'une libéralité pure, et, comme on dit, d'une cause lucrative, est encore moins favorable pour ce qui est des intérêts, qu'une créance qui est un droit établi à titre onéreux, et qui cependant ne produit point d'intérêts, même pour l'église, les pauvres, et autres causes pies, que du jour de l'interpellation ».

Le parlement de Bordeaux juge de même, comme le prouvent deux arrêts rendus par cette cour les 4 février 1677 et 6 septembre 1713. Ils sont rapportés dans les décisions de La Peyrère.

Si cependant il y avait des fondations attachées aux Legs pieux, et qu'elles eussent été acquittées par les légataires du jour de la mort du testateur, l'héritier ne pourrait pas refuser de payer les intérêts de ces Legs, à compter de la même époque, parce qu'autrement il serait censé jouir à la fois de la chose et du prix. « Je l'ai vu juger ainsi plusieurs fois (dit Catellan), entre autres, le 6 février 1681, à mon rapport, au profit des religieux de Lautrec, et le 7 août 1698, au rapport de M. de Prohenques ».

XXXII. La cinquième exception est en faveur de la minorité. Le droit romain accorde aux mineurs le même privilège qu'à la cause pie : il décide que les intérêts des Legs qui leur sont faits, courent dès l'instant de leur échéance. C'est ce qui résulte de la loi 87, §. 1, D. *de legatis* 2°; et c'est ce qu'a jugé le sénat de Chambéry par trois arrêts rapportés dans le Code du président Favre. — Mais on jugerait autrement parmi nous ; car les raisons qui nous font rejeter cette décision par rapport à la cause pie, militent également contre les mineurs. — Il y a cependant un arrêt du parlement de Paris du 19 décembre 1717, qui a décidé, suivant Augeard, « qu'une mineure à qui l'on n'a point créé de tuteur, est recevable à demander, lorsqu'elle est en majorité, dix-neuf ans d'arrérages d'une rente de 60 livres à elle léguée ». Mais cet arrêt a été motivé par l'intention présumée du testateur, plus que par la qualité de la légataire. Il s'agissait d'un Legs de 60 livres, laissé par Jacqueline le Puillier à Marguerite Gelé, avec la clause expresse qu'aucun héritier ne pourrait rien prendre dans la succession, que cette rente ne fût payée. Au jour du décès de la testatrice, Marguerite Gelé n'était âgée que de quatre ou cinq ans ; on ne lui avait point créé de tuteur, et personne n'avait formé pour elle la demande en délivrance de Legs pendant toute sa minorité. Devenue majeure, elle a conclu contre les héritiers à ce qu'ils fussent tenus de lui payer la rente qui lui avait été léguée, avec les arrérages depuis l'ouverture de la succession. Les héritiers ont soutenu d'abord qu'ils n'étaient point obligés au paiement du Legs, et subsidiairement qu'ils n'en devaient les arrérages que du jour de la demande en délivrance. La légataire, après avoir détruit le premier moyen, répondait au second en ces termes : « On ne peut m'opposer le défaut de demande ; je l'ai formée aussitôt que j'ai connu mon droit : j'étais mineure quand le Legs m'a été fait, et on ne m'avait point nommé de tuteur. D'ailleurs, la clause même du testament me tire de la règle : les héritiers ont été possesseurs de mauvaise foi, dès qu'ils ont pris les biens de la succession, puisqu'il était porté par le testament, qu'aucun héritier ne pourrait rien prendre dans la succession, que mon Legs de 60 livres ne fût acquitté ». — Sur cette contestation, sentence de la justice de Calais, condamne les héritiers *solidairement* à payer la rente et les arrérages qu'elle produits depuis le décès de Jacqueline Le Puillier ; et par l'arrêt cité, « la cour a mis l'appellation et ce au néant, en ce que les appelans ont été condamnés *solidairement* à payer à l'intimée les sommes portées par la sentence ; émendant quant à ce, condamne les appelans personnellement pour telle part et portion qu'ils sont héritiers, et hypothécairement pour le tout, à payer à l'intimée la somme de 60 livres de rente annuellement et à toujours ; la sentence au résidu sortissant effet ».

XXXIII. La sixième exception est pour le cas où l'héritier a empêché, par une réticence frauduleuse, que le testament ne vînt à la connaissance des légataires. Alors ceux-ci doivent obtenir sans difficulté la restitution de tous les fruits et le paiement de tous les intérêts qui ont couru depuis la mort du testateur. — Le droit romain allait plus loin ; il déclarait indigne des biens de son père, le fils qui en avait supprimé le testament, pour s'approprier toute la succession. (Loi 26, D. *ad legem Corneliam de falsis.*)

Mais comment peut-on prouver cette réticence frauduleuse ? Lebrun répond « que l'héritier et l'exécuteur testamentaire étant obligés de faire faire lecture du testament incontinent après le décès du testateur, et d'en donner connaissance autant qu'il se peut, aux légataires ; s'ils n'ont point satisfait à cette formalité, mais ont tenu le testament secret, n'exécutant que ce qui les concernait ou leurs parens et amis ; et si le testament était sous seing privé, quoique reconnu peut-être pardevant notaires ; et si le légataire était absent lors du décès ; qu'enfin les circonstances soient telles, que quand le légataire eût voulu savoir la chose, la découverte ne lui eût pas été facile : en ce cas, les fruits et intérêts du Legs seront dus du jour du décès par forme de dommages et intérêts ».

Par la même raison, si la réticence venait de la part du légataire, c'est-à-dire, si, ayant le testament en sa possession, il n'en donnait connaissance à

Source : BIU Cujas

l'héritier que dans le cours de l'action en délivrance de Legs, les fruits ou les intérêts ne lui seraient dus que du jour de la production de l'acte dont il tire son droit, parceque jusqu'à ce moment l'héritier n'aurait fait, en jouissant des choses léguées, qu'user d'un droit légitime et qu'il avait tout sujet de croire incommutable. Le sénat de Chambéry l'a ainsi jugé, selon le président Favre, par arrêt du 20 août 1612.

XXXIV. Il y a, suivant quelques auteurs, une septième exception par rapport aux fruits pendans lors du décès : comme ils font partie du fonds légué, et que le légataire doit recevoir son Legs dans l'état où le testateur l'a laissé, il paraît hors de doute à Ricard et Lebrun, qu'ils doivent lui être rendus par l'héritier, quand même la demande en délivrance ne serait formée qu'après la recolte. La loi 9, D. *ad legem falcidiam*, semble le faire entendre, par le motif sur lequel elle s'appuie pour décider que les fruits pendans lors du décès doivent être imputés dans la quarte falcidie ; *cùm augerant*, porte-t-elle, *hereditatis æstimationem, fundi nomine qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior.* C'est ce qui paraît encore résulter de plusieurs lois qui chargent l'héritier de réparer les diminutions arrivées par son fait aux biens légués. — Mais Pothier rejette ce sentiment, et avec raison. D'abord, les textes du droit romain, qui fixent la restitution des fruits à l'époque précise de la demeure de l'héritier, n'exceptent pas expressément de cette règle les fruits qui étaient pendans lors de l'ouverture de la succession ; et ce silence forme un préjugé bien puissant contre cette prétendue exception ; car si elle avait été dans l'intention des législateurs, ils l'auraient sans doute placée à la suite du principe qu'elle eût modifié. — On dira peut-être avec Ricard, que cette exception se trouve dans la loi 27, D. *de usufructu*, laquelle en effet déclare que les fruits pendans et venus à maturité par les soins du défunt, appartiennent au légataire de l'usufruit sur lequel ils se trouvent. — « Mais (répond Pothier), il est absolument nécessaire de supposer que, dans l'espèce de cette loi, le légataire avait eu délivrance de son Legs, et était entré en possession de l'héritage avant la récolte ; puisque, suivant les principes du droit romain les plus connus, les fruits n'étaient acquis à l'usufruitier que lorsqu'ils avaient été perçus par lui ou par quelqu'un en conséquence de son ordre. Loi 13, D. *Quemadmodùm ususfructus amittatur* ». — Quant aux lois qui obligent l'héritier de faire raison au légataire des diminutions qu'il a causées par son fait au bien légué, il est clair qu'elles doivent être restreintes dans leur espèce précise, ou qu'au moins elles admettent une exception par rapport au cas où l'héritier n'a fait qu'user de son droit, comme dans l'espèce dont il s'agit, où sa qualité de juste possesseur légitime incontestablement la perception qu'il a faite des fruits.

XXXV. Ricard demande « si le Legs étant d'un meuble meublant ou d'autre chose qui n'est de soi capable de produire aucun profit dans le commerce, les intérêts en seront dus dans les cas auxquels ils doivent être payés lorsqu'il s'agit d'une somme de deniers ». — Il répond, que « si les meubles légués sont pour l'usage du légataire, il n'en est pas dû d'intérêts ; mais que s'ils lui sont laissés pour en profiter, et qu'il soit en état de les vendre ou de les donner à loyer, l'intérêt doit en être payé par l'héritier comme d'une somme de deniers ». — Cette distinction est tirée mot pour mot de la loi 3, §. 4, D. *de usuris*.

XXXVI. La raison qui oblige un héritier à la restitution des fruits et des intérêts qu'il a perçus depuis que le légataire l'a constitué en demeure, l'assujettit également à réparer, comme nous l'avons déjà dit, toutes les diminutions qu'il a occasionnées par sa faute ou sa négligence à la chose léguée. Ces dommages-intérêts sont censés compris dans le Legs. *Is qui fideicommissum debet, post moram non tantùm fructus, sed etiam omne damnum quo affectus est fideicommissarius, præstare cogitur.* Ce sont les termes de la loi 36, *de legatis* 3°. *V. Faute.*

SECTION V. *Du paiement des Legs.*

I. D'après ce que nous avons dit au mot *Légataire*, §. 5 et 6, il ne nous reste plus ici que deux choses à examiner par rapport au paiement des Legs, savoir, le temps où il est exigible, et la manière dont il doit être fait.

§. I. *En quel temps le paiement des Legs est-il exigible ?*

I. Pour qu'une dette contractuelle ou testamentaire soit exigible, il faut qu'elle soit formée, et que le terme en soit arrivé. De ces deux conditions, les jurisconsultes romains expriment la première par les mots *dies cedit*, et la seconde par ceux-ci, *dies venit*. Ainsi, on peut dire dans leur langage, *dies cedit*, lorsqu'il est certain qu'une dette existe ; et *dies venit*, lorsqu'on est parvenu au jour où le paiement en est fixé. On peut voir là-dessus la loi 213, D. *de verborum significatione.*

Pour décider avec certitude en quel temps le *dies cedit* et le *dies venit* peuvent s'appliquer à un Legs, il faut distinguer s'il est pur et simple, ou conditionnel, ou à temps.

II. Dans l'ancien droit romain, le Legs pur et simple était dû (*dies cedebat*), aussitôt après la mort du testateur. La loi Papia, pour multiplier les Legs caducs qu'elle adjugea au fisc, mit en principe, qu'aucun Legs ne pouvait être dû avant l'ouverture du testament, et détruisit ainsi pour un temps les règles établies par les premiers législateurs de Rome. C'est ce que nous voyons dans les fragmens d'Ulpien, tit. 24, §. 31. Mais Justinien a abrogé cette loi bursale, et a ordonné, en remettant les anciennes maximes en vigueur, que tout Legs pur et simple serait dû au moment où le testateur rendrait le dernier soupir. Cette innova-

Source : BIU Cujas

tion est l'ouvrage de la loi 1, §. 5, D. *de caducis tollendis.*

Le motif et l'effet de cette jurisprudence sont de rendre le Legs transmissible aux héritiers du légataire, lorsque celui-ci meurt avant d'en avoir reçu le paiement, ou même avant d'avoir pu l'exiger par le défaut d'échéance du terme.

III. Une loi cesse ordinairement dans tous les cas où la raison qui l'a fait introduire, n'a point d'application. Ainsi, l'on ne doit pas trouver surprenant que Justinien ait excepté de la disposition dont nous venons de rendre compte, les Legs qui, par leur nature, sont bornés à la personne du légataire, et conséquemment ne peuvent pas se transmettre à ses héritiers. Le §. 6 de la loi citée porte en termes exprès : « Le Legs de la liberté ne sera dû, même après la présente constitution, qu'après l'adition d'hérédité, parcequ'il ne peut être exécuté sans le ministère de l'héritier. Nous exceptons pareillement l'usufruit, parceque sa nature résiste à toute espèce de transmission aux héritiers de celui à qui on l'a légué; et qu'à cet égard, on ne peut le regarder comme dû (*dies ejus non cedit*), ni au temps de la mort du testateur, ni à l'époque de l'adition d'hérédité ».

Il ne faut pourtant pas conclure de ces dernières expressions, que le Legs d'usufruit ne soit pas encore dû au jour de l'adition d'hérédité; car Justinien ne s'exprime ainsi que par rapport à la transmission, *quantùm ad transmissionem*, c'est-à-dire, pour faire voir que le Legs d'usufruit ne se transmet pas même après l'adition : du reste, les différens textes placés sous le titre *quandò dies usus-fructus*, décident très clairement que c'est à cette époque qu'il commence à être dû.

Ce que nous disons de l'usufruit, il faut également le dire de l'usage et de l'habitation : cela résulte des lois 2, 3 et 9, D. *quandò dies legatorum vel fideicommissorum cedat.*

Il y a plus : lorsque l'usufruit, au lieu d'être légué en termes simples et ordinaires, l'est expressément pour chaque année que vivra le légataire; comme on multiplie idéalement le Legs autant de fois qu'il y a d'années dans la vie de celui à qui il est fait, la dette qu'il forme, est censée s'éteindre à la fin de chacune de ces années, et renaître au commencement de la suivante : *Quanquam usus-fructus ex fruendo consistat, id est, facto aliquo ejus qui fruitur et utitur, tamen semel dies cedit : aliter atque si cui in menses, vel in dies, vel in annos singulos quid legetur : tunc enim per dies singulos vel annos dies legati cedit. Undè quæri potest si ususfructus cui per dies singulos legetur, vel in annos singulos, an semel cedat : et puto non cedere semel, sed per tempora adjecta ut plura legata sint : et ita libro quarto Digestorum Marcellus probat in eo cui alternis diebus ususfructus legatus est.* (Loi 1, D. *Quandò dies ususfructûs legati cedat*).

Il y a quelque chose de plus singulier à l'égard d'un Legs d'ouvrages journaliers; il n'est jamais dû que du jour que les ouvrages sont demandés : *Operæ testamento relictæ quandò cedere debeant? Utrùm ex quo petit eas legatarius, an ex quo adita hereditas est? Et cui pereant dies quibus æger servus fuit? Et puto ex die petitionis eas cedere. Quare si post petitas æger esse servus cœperit, legatario peribunt.*

Pourquoi donc les Legs annuels sont-ils dus au moment même de la mort du testateur? Car c'est ce que décide la loi 12, §. 3, D. *quandò dies legatorum.* D'où vient cette différence entre une telle disposition et un Legs d'usufruit? C'est, répond Voët, parceque l'usufruit est toujours personnel, et qu'au contraire un Legs annuel passe souvent aux héritiers, comme on le verra ci-après, sect. 6. D'après cela, en effet, il ne faut pas s'étonner que, sur la question de savoir quand un Legs annuel est dû, on suive plutôt les maximes propres aux Legs de propriété, que celles qui sont particulières aux Legs d'usufruit. *Nam ad ea potiùs debet aptari jus quæ et frequenter et facilè, quàm quæ perrarò eveniunt*, dit la loi 5, D. *de legibus.*

Ce que les lois romaines avaient établi par rapport au temps où le Legs d'usufruit commence à être dû, est encore observé dans nos mœurs, suivant Grotius (*Manuduct. ad jurispr. Holl., part. 2, cap. 39, n. 13*), Sotomajor (*De usufructu, cap. 8*), et Voët (*Ad Dig., lib. 7, tit. 4*). Mais il n'en résulte presque plus aucun effet dans les pays où l'on observe *le mort saisit le vif;* car cette maxime, identifiant en quelque sorte le temps du décès avec celui de l'adition d'hérédité, il est clair que c'est à peu près la même chose pour un légataire d'usufruit, d'avoir son Legs acquis lorsque l'héritier prend qualité, ou lorsque le testateur décède.

[[On a vu plus haut, sect. 4, §. 3, n. 30, que d'après l'art. 604 du Code Napoléon, les fruits appartiennent, dans tous les cas à l'usufruitier, *du moment où l'usufruit a été ouvert.* Ainsi, nul doute, que, suivant l'esprit de ce Code, le Legs d'usufruit ne soit dû dès l'instant de la mort du testateur.]]

IV. Quand un Legs a pour objet une propriété quelconque, il importe peu que l'héritier, à la charge duquel en est le paiement, soit institué purement ou sous condition : dans un cas comme dans l'autre, c'est toujours du moment de la mort du testateur qu'il est censé dû. La loi 7 et la loi 19, §. 2, D. *quandò dies legatorum*, sont formelles sur ce point.

La condition attachée à une dette active que le testateur a léguée purement, n'empêche pas non plus que ce Legs ne soit dû aussitôt après le décès. C'est ce que décident les §. 3 et 4 de la dernière des lois citées. Les termes de ces textes sont remarquables : « Lorsqu'un débiteur conditionnel est nommé légataire de sa dette, son Legs

Source : BIU Cujas

est censé *présent*, et il peut agir aussitôt en vertu du testament pour se faire libérer par acceptilation : et s'il meurt après le testateur, il transmet à son héritier l'action qu'il a pour cet effet. Il faut décider la même chose par rapport au Legs d'une dette conditionnelle qui serait laissée à tout autre qu'au débiteur ».

V. Voyons maintenant à quelle époque est censé arriver le terme des Legs purs et simples : *quandò dies venisse dicatur.*

Nous avons là-dessus une règle très précise dans la loi 32, D. *de legatis* 2° ; voici comment elle est conçue : « Toutes les dispositions qui sont faites par un testament, sans condition ni temps, doivent être acquittées du jour de l'adition d'hérédité ». — La loi 7, D. *quandò dies legatorum*, n'est pas moins formelle : « Le retardement de l'héritier à prendre qualité, peut bien différer la demande du Legs, mais non pas reculer l'époque à laquelle il est dû ». — Voilà bien la distinction du *dies cedit* d'avec le *dies venit* : l'un a lieu dès le moment du décès, l'autre ne peut exister avant l'adition.

Pourquoi le Legs pur et simple n'est-il exigible qu'après l'adition d'hérédité ? C'est que tout Legs est sujet à délivrance de la part de l'héritier, et que, suivant le droit romain, il ne peut pas y avoir d'héritier sans adition. Dans nos usages, la maxime *le mort saisit le vif*, fait qu'à certains égards, tout héritier présomptif est censé prendre qualité au moment même du décès ; ainsi, on n'est pas obligé d'attendre qu'il ait accepté la succession, pour agir contre lui en délivrance de Legs ; il suffit qu'il soit saisi de la chose léguée, pour qu'on soit recevable à lui en faire la demande.

Lorsqu'une succession est vacante, la demande en délivrance des Legs doit être dirigée contre le curateur créé à cette succession.

VI. Le Legs conditionnel n'est dû, *dies non cedit*, qu'après l'accomplissement de la condition. C'est ce que porte la loi 5, §. 2, D. *quandò dies legatorum.*

Si cependant la condition était du nombre de celles que la loi dispense le légataire de remplir, le Legs étant réputé pur et simple, serait dû au jour du décès du testateur. Les §. 3, 4 et 5 du texte cité en contiennent une décision expresse. *V. Condition.*

On traitera au mot *Option*, la question de savoir quand est dû un Legs alternatif dont un membre est conditionnel, et l'autre pur et simple.

VII. A l'égard du terme, celui d'un Legs conditionnel dont la condition a été remplie avant l'adition d'hérédité, est toujours fixé dans notre jurisprudence au moment même de l'accomplissement de la condition ; mais dans le droit romain, lorsque la condition était remplie avant l'adition d'hérédité, il fallait attendre que l'héritier eût accepté, pour lui demander le Legs.

VIII. Quant aux Legs à temps, pour décider quand ils sont dus, il faut distinguer si le temps est certain ou incertain.

Au premier cas, le Legs est dû dès le moment du décès du testateur. C'est ce que décide la loi 1, §. 1, D. *de conditionibus et demonstrationibus.*

Au second cas, le Legs est régulièrement réputé conditionnel, et, par une conséquence nécessaire, il ne peut être dû avant que le temps soit arrivé : *dies incertus conditionem in testamento facit*, dit la loi 75 du titre que nous venons de citer. Ainsi, le Legs fait à quelqu'un *lorsqu'il se mariera, lorsqu'il aura atteint l'âge de puberté, lorsqu'il sera nommé à un tel emploi, lorsque telle personne mourra*, ne donne aucun droit au légataire, tant que celui-ci n'est pas parvenu au temps fixé par le testateur ; et s'il décède auparavant, il ne transmet rien à ses héritiers. La loi 1, §. 2, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, les lois 21 et 22, D. *quandò dies legatorum*, la loi 3, C. du même titre, ne laissent là-dessus aucune espèce de doute.

IX. Cette règle admet cependant plusieurs exceptions.

1° Elle ne s'applique point au cas où il est certain que le légataire parviendra au temps dont le testateur a parlé ; car c'est l'incertitude de la survie du légataire qui fait dégénérer le jour incertain en condition. Ainsi, le Legs fait à Titius *lorsqu'il mourra*, est pur, et ne renferme qu'un délai, parceque la mort de Titius est un évènement infaillible, quoique l'époque en soit incertaine. La loi 4, § 1, D. *quandò dies legatorum*, le décide ainsi nettement.

2° Lorsque le temps n'est pas exprimé dans la disposition, mais qu'il résulte seulement de la nature de la chose léguée, il ne rend pas le Legs conditionnel, et conséquemment il n'empêche pas que le légataire n'ait un droit acquis dès l'ouverture de la succession. — « Si je donne (dit Ricard), toutes mes marchandises qui arriveront dans le navire *la Fortune*, qui est aux Indes ; bien que l'exécution du Legs dépende du temps de l'arrivée de ce navire, le Legs ne laisse pas d'être certain dans son effet ; parceque, ne paraissant point, par les termes avec lesquels le testateur a rédigé sa volonté, qu'il ait eu intention de faire une donation conditionnelle, elle ne se présume pas, si elle n'est expresse. Et ainsi, encore que le légataire vienne à mourir avant l'arrivée du navire, il ne laisse pas de transmettre le Legs à ses héritiers ».

3° « S'il paraît (dit le même auteur), par les circonstances du fait, que l'apposition du temps ait été en considération du légataire, le Legs est pur et simple, et le temps ne produit que la prorogation du paiement ». — C'est ce que porte expressément la loi 46, D. *ad senatus-consultum Trebellianum* ; et c'est ce que la loi 26, §. 1, D. *quandò dies legatorum*, décide dans l'espèce d'un Legs fait à un mineur lorsqu'il aura atteint vingt-cinq ans, à la charge de lui en payer les intérêts jusqu'à cet âge.

Source : BIU Cujas

4° « Si le temps est séparé de la disposition, et qu'ils soient contenus en deux clauses distinctes (c'est encore Ricard qui parle), pour lors le Legs est pur et simple; et le temps n'est considéré que pour un terme qui est dilatoire, et qui différe seulement l'exécution du Legs, et non pas l'effet. Comme si le Legs est conçu en cette manière : *Je laisse à Marie cent écus, laquelle disposition elle recevra lorsqu'elle aura atteint l'âge de vingt-cinq ans;* par ces mots, *je laisse à Marie cent écus*, voila la disposition parfaite purement et simplement, sans condition : ce qui est ajouté, *laquelle disposition elle recevra, etc.*, n'est qu'accessoire, et ne touche pas à l'essence du Legs : si bien que cette addition ne peut opérer que dans ces termes, c'est-à-dire, le délai du paiement qu'elle contient ». — Cette doctrine est fondée sur deux textes très précis. — On demande dans la loi 6, D. *de annuis legatis*, si un particulier ayant légué une rente annuelle de cent écus à une ville, pour y célébrer des jeux auxquels ses parens présideront, cette dernière clause ne contient pas la condition d'un temps incertain, et ne doit pas opérer la caducité de la disposition, au cas qu'il n'y ait plus de parens en état de présider aux jeux : la loi répond que non, et décide que le Legs est perpétuel. — La loi 5, C. *quandò dies legatorum*, porte que ces paroles, « je lègue à Ælia Severina, ma fille, dix écus lorsqu'elle aura atteint l'âge de majorité », ne renferment point une condition, mais apportent seulement un délai à l'exécution de la libéralité : c'est pourquoi, ajoute-t-elle, si la fille du testateur vient à mourir avant l'échéance, son héritier aura le droit d'exiger son Legs au temps où elle aurait eu vingt-cinq ans accomplis, si elle n'était pas décédée. — Bouvot et Brillon citent un arrêt du 28 mai 1599, conforme à cette disposition. — Boniface en rapporte un autre du 12 juin 1639, par lequel le parlement d'Aix a jugé qu'un Legs payable après le décès de l'héritier, n'était pas devenu caduc par la mort du légataire, arrivée avant celle de l'héritier même.

[[Le Code Napoléon réduit toutes ces règles aux deux articles suivans :

« 1040. Toute disposition testamentaire faite sous une condition dépendante d'un évènement incertain, et telle que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'évènement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition.

» 1041. La condition qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'exécution de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué, ou le légataire, d'avoir un droit acquis et transmissible à ses héritiers ».]]

X. Ces principes répandent un grand jour sur la matière des Legs auxquels est apposé, soit expressément, soit virtuellement, un terme concernant le mariage ou l'établissement du légataire. — Je laisse à une fille cent écus *lorsqu'elle se mariera*, ou *payables lorsqu'elle se mariera*, ou *pour aider à la marier* : ce Legs est-il conditionnel ou ne renferme-t-il qu'un délai ? On peut élever la même difficulté par rapport au Legs fait à un jeune homme *lorsqu'il se mettra en métier*, ou *payable lorsqu'il se mettra en métier*, ou *pour aider à le mettre en métier*. — Chacune de ces espèces offre, comme on le voit, trois questions : il faut les discuter séparément.

1° Il est certain que le Legs fait à une fille *pour aider à la marier*, ou à un garçon *pour le mettre en métier*, n'est point conditionnel. Cela résulte du principe établi ci-dessus, que le temps non exprimé dans un Legs, n'emporte point condition, quoiqu'il semble résulter de la nature de la disposition. D'ailleurs l'établissement du légataire n'est, dans le cas dont nous parlons, qu'une cause impulsive qui n'empêche ni l'acquisition ni la transmission du Legs, suivant la loi 71, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, et la loi 22, §. 1, D. *de alimentis legatis;* en sorte que, dans notre hypothèse, non seulement le Legs commence à être dû à la mort du testateur, mais même la fille peut en exiger le paiement sans se marier, et le garçon sans se mettre en métier; c'est ce qui a été jugé par plusieurs arrêts. — Le Journal des audiences nous en fournit un du 11 mars 1624, qui a décidé « qu'une donation testamentaire de 600 livres, faite par une tante à sa nièce, *en faveur de mariage*, n'était conditionnelle; et fut l'héritier condamné à faire délivrance de ladite somme purement et simplement ». — Le même recueil en contient un autre du 24 mars 1626, qui juge absolument la même chose. — Il y en a un troisième de 1632, rapporté par Lelet, sur l'art. 284 de la coutume de Poitou, dans l'espèce d'un Legs de 1500 livres, fait à un jeune homme pour étudier et se rendre capable des fonctions du sacerdoce. — On en trouve un quatrième, rendu dans des circonstances semblables; voici comment il est rapporté au Journal des audiences, tome 7, page 55 du supplément : « Adam Hyver, légataire par testament de dame Suzanne Mongin, d'une somme de 1500 livres, *pour lui aider à faire ses études*, étant décédé peu de mois après la testatrice, et Adam Hyver père, au nom et comme héritier mobilier de son fils, ayant demandé les 1500 livres, intervint sentence par laquelle le Legs fut déclaré caduc, et Mongin déchargé du paiement. La cour, en infirmant par arrêt du 16 août 1632, condamna Mongin, intimé, au paiement des 1500 livres ». — Le parlement de Grenoble a aussi jugé par arrêt du 29 janvier 1580, rapporté dans le recueil d'Expilly, que le Legs fait par un père à ses filles *pour dot*, n'était pas conditionnel, et devait être payé avant que les légataires fussent mariées.

Cette jurisprudence n'est cependant pas aussi universellement reçue qu'elle devrait l'être. L'additionnaire de Duperrier la regarde comme *fort controversée*; et il oppose aux autorités sur lesquelles

Source : BIU Cujas

on l'appuie, un arrêt du parlement d'Aix, du mois de mai 1754, qui a « jugé qu'une fille en faveur de qui le testateur avait ordonné que le cas de la substitution par laquelle les seuls mâles étaient appelés à recueillir ses biens, arrivant, il serait pris sur ces mêmes biens la somme de 50,000 liv. *pour sa dotation*, n'avait pas profité de ce Legs, ni pu par conséquent le transmettre à sa mère, son héritière étant morte en bas âge ».

La loi 71, §. 3, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, semble aussi fortifier l'opinion contraire à celle que nous avons adoptée ; en voici les paroles : « Je charge mon héritier de donner cent écus à Titius mon gendre, au nom de ma fille Seïa. Ce Legs tombe en caducité par le décès de Titius ou de Seïa avant le mariage ».

Mais ces décisions particulières ne peuvent pas être étendues hors de leurs espèces précises. Quelque certaine que soit la règle qui veut qu'on ne réputé point conditionnelle une disposition faite en faveur du mariage ou de l'établissement du légataire, on ne peut disconvenir qu'elle doit céder à la volonté contraire du testateur. Ainsi, disent Papon et Furgole, lorsqu'à un Legs fait *pour se marier*, sont ajoutés les termes restrictifs *et non autrement*, la libéralité du défunt doit nécessairement être regardée comme conditionnelle ; c'est ce qui résulte et de la loi 72, §. 6, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, et de la doctrine établie ci-devant, sect. 2, §. 2, n. 14, et c'est dans cette restriction qu'il faut chercher le motif de l'arrêt et de la loi qu'on oppose à notre sentiment.

Dans l'espèce de l'arrêt, le testateur n'avait fait que liquider la dot que son héritière aurait pu distraire de plein droit de la substitution dont il l'avait grevée ; et comme cette distraction ne pouvait avoir lieu, aux termes de l'ordonnance, que dans le cas d'un mariage effectif, il était naturel de penser que le testateur avait voulu attacher la même condition à son Legs : et c'est ce qui résultait de la maxime, qu'un testateur est censé conformer ses dispositions à celles de la loi, quand il ne montre pas une intention manifeste d'y déroger.

A l'égard de la loi 71, §. 3, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, « elle n'est pas (dit Furgole), dans le cas simple du Legs fait pour dot, mais d'un Legs d'une certaine somme qui devait être constituée à la fille en se mariant avec Titius, que le testateur avait désigné pour gendre, et qui par conséquent avait imposé à sa fille la condition de se marier avec Titius. Voilà pourquoi le jurisconsulte fait, dans ce cas, les mêmes distinctions que les autres lois font lorsqu'il s'agit de la condition de se marier avec une personne certaine ; et il ajoute : *ce Legs tombe en caducité par le décès de Titius ou de Seïa avant le mariage* ; mais cela arrive, non parceque le Legs pour dot renferme une condition ; mais le Legs devient inutile dans ce cas, lorsque Titius ou la femme décèdent avant le mariage, parceque la disposition, dans la forme que le testateur l'a conçue, renferme une véritable condition imposée à Titius et à la fille du testateur de se marier ensemble ; ainsi, on n'en peut pas tirer un argument, pour dire que le Legs fait pour dot simplement et sans autre addition qui puisse intéresser un tiers, affecte la substance du Legs, ni que le mariage soit la cause finale, la condition ou le mode qui rende le Legs inutile ; ce n'est qu'une cause impulsive qui n'empêche pas la transmission, quoique le légataire meure avant le mariage, et même avant de parvenir à l'âge nubile ».

2° Lorsque le testateur a ajouté expressément un terme au Legs d'une somme pour doter une fille ou pour mettre un garçon en métier, et que ce terme, au lieu d'affecter la substance du Legs, n'en concerne que l'exécution, sa disposition forme un droit acquis au légataire dès que l'hérédité est ouverte ; mais ce droit ne peut être exercé qu'après le laps du temps auquel il est d'usage de prendre l'établissement désigné par le testateur. Ainsi l'ont jugé plusieurs arrêts de différentes cours souveraines.

Le parlement de Paris en a rendu un le 13 janvier 1663 dans cette espèce. Un testateur avait légué une partie de son bien à l'hôpital de Troies, à la charge d'en laisser jouir chacune de ses petites-filles pendant un an, *lorsqu'elles seraient pourvues par mariage ou autrement*. L'une des petites-filles étant parvenue à l'âge de vingt-cinq ans, déclara aux administrateurs de l'hôpital qu'elle voulait vivre en célibat, et sur ce fondement demanda la délivrance de son Legs. On lui opposa qu'elle n'était ni mariée ni religieuse ; qu'ainsi elle n'avait point rempli la condition sous laquelle le testateur l'avait appelée, et que par conséquent elle devait être déclarée non recevable quant à présent. Le juge de Troies prononça de la sorte ; mais l'arrêt cité infirma la sentence, et ordonna purement et simplement que l'appelante aurait la délivrance de son Legs.

Le parlement de Toulouse a jugé la même chose par arrêt du 7 juillet 1594, rapporté dans le Commentaire de Jacques de Ferrières sur le sénatus-consulte Trébellien. — Cambolas nous en a conservé un autre du 21 février 1623, par lequel un Legs fait à une nièce, payable quand elle se marierait, et non plus tôt, a été adjugé au père de la légataire décédée à l'âge de dix ans. Dans cette espèce, la demande en délivrance avait été formée dans un temps où la fille aurait eu quatorze ans si elle eût vécu ; et comme elle eût été nubile à cet âge, l'action du père n'a point été déclarée prématurée. — Néanmoins, ajoute Cambolas, si la légataire avait été vivante, elle n'aurait pas été recevable avant son mariage ou sa majorité (1),

(1) C'est sans doute avec cette alternative du mariage ou de la majorité, qu'il faut entendre deux arrêts du parlement

Source : BIU Cujas

comme l'a jugé un arrêt du 15 mai 1628, rendu dans une autre cause. — Nous lisons dans les *Institutions au Droit français* de Serres, que « par un arrêt du parlement de Toulouse, du 22 août 1731, rendu au rapport de M. de Resseguier, en faveur de la demoiselle Boucher, à laquelle le sieur de Saint-Aurens avait légué 3000 livres, payables quand elle se marierait ou se ferait religieuse; le sieur de Saint-Aurens fils fut condamné à payer ce Legs à cette demoiselle, qui venait de passer l'âge de trente ans sans s'être mariée ni faite religieuse ».

La chambre de l'édit de Castres a également jugé, par un arrêt du 10 juillet 1645, rapporté dans le recueil de Bonné, que le Legs fait à une fille pour lui être délivré quand elle se marierait, devait lui être payé à l'âge de vingt-cinq ans, quoiqu'elle ne fût pas mariée.

Le parlement de Bordeaux a rendu plusieurs décisions de la même espèce. — Un testateur lègue à Catherine Audrou 4000 livres, *pour aider à la marier, et payables lorsqu'elle aura trouvé parti de mariage.* Catherine Audrou meurt à l'âge de trois ans. Par arrêt du 14 mars 1652, le Legs est déclaré transmis à ses héritiers; et il est ordonné que le paiement leur en sera fait au temps où la légataire aurait eu douze ans, si elle eût vécu. — Un père lègue à ses filles 500 écus, et les *demi-joies et habits nuptiaux*, payables la veille des nôces: elles meurent en célibat. Par arrêt du 30 septembre 1661, les Legs sont adjugés à leurs héritiers. — Une tante lègue à sa nièce 300 liv., payables lorsqu'elle se mariera, et un an après. La légataire, un an après sa majorité et sans être mariée, demande le paiement de son Legs aux héritiers de la testatrice; et par arrêt du 3 juin 1668, confirmatif de deux sentences successives, ceux-ci sont condamnés purement et simplement à lui en faire la délivrance. — De ces trois arrêts, deux sont rapportés par Lapeyrère, et l'autre se trouve dans le Journal du palais.

Telle est aussi la jurisprudence du parlement d'Aix: « Le 17 juin 1583 fut jugé qu'un Legs fait par le père à sa fille pour sa dot, et *cùm nubet*, doit être payé quand elle est en âge nubile, quoiqu'elle ne soit pas mariée ». (Duperrier, tome 2, page 310, édition de 1750.)

Nous avons cité au mot *Etat honorable*, deux arrêts semblables du parlement de Flandre.

Il y a cependant une circonstance où le Legs, payable quand on se mariera, est réputé conditionnel; c'est lorsque le testateur a marqué par des signes non équivoques, que son intention était de n'avantager le légataire qu'en cas d'un mariage effectif. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Toulouse, du 11 février 1584, que rapporte Maynard, dans l'espèce d'un Legs conçu en ces termes: « Je donne à Titia cent écus, payables à la solennisation de son mariage, pourvu qu'elle épouse un gentilhomme ».

3° Si le temps apposé par le testateur à sa disposition, affecte la substance du Legs, au lieu d'être borné, comme dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, à la clause qui en concerne l'exécution, la chose léguée n'est acquise au légataire que lorsque le temps est arrivé. Ainsi, dit Ricard, « quand le testament porte, *lorsqu'il se mariera*, le temps du mariage est essentiellement le but de la disposition; l'un se trouve, par les termes du Legs, indispensablement attaché à l'autre, qui est ce qui produit la condition ». On peut appliquer ici la loi 22, *quandò dies legatorum*, au Digeste: *Nec interest*, porte-t-elle, *utrùm scribatur*, si annorum quatuordecim factus erit, *an ita*, cùm, *priore scripturâ per conditionem tempus demonstratur, sequenti per tempus conditio. Utrubiquè tamen eadem conditio est.*

Les arrêts viennent à l'appui de cette doctrine. Ricard et Bardet en rapportent trois des 20 janvier 1609, 9 mai 1615 et 20 janvier 1639, par lesquels le parlement de Paris a jugé que des Legs faits à des filles lorsqu'elles se marieraient, étaient devenus caducs par le décès des légataires en célibat.

Le parlement de Bordeaux a préjugé la même chose par deux arrêts des 18 février 1655 et 13 juillet 1663. — Un oncle lègue à sa nièce 100 écus quand elle se mariera, et institue son frère héritier. Les biens de celui-ci sont mis en décret; la nièce s'oppose pour son Legs, et en demande le paiement: les créanciers la soutiennent non recevable quant à présent, attendu qu'elle n'est point mariée. Les arrêts cités le jugent ainsi, et cependant ordonnent qu'il sera fait emploi de la somme léguée, pour le fonds appartenir à la légataire lorsqu'elle sera mariée, et les intérêts qui courront jusqu'à ce temps être perçus par les créanciers.

Lapeyrère dit, en rapportant ces arrêts, qu'on doit juger autrement à l'égard d'un Legs fait par un père à ses enfans: et l'on trouve dans le recueil de Larocheflavin un arrêt du parlement de Toulouse, du mois de mai 1602, qui a adopté cette restriction. Mais elle ne peut être admise que dans le cas où le Legs tient lieu ou fait partie de la portion légitimaire, qui est affranchie par la loi de toute espèce de condition. « Hors de là (dit Ricard), et lorsque le Legs fait par un père à ses enfans, n'est pas une dette imposée par la loi, comme est la légitime, mais une pure libéralité, il doit être

---

de Paris, des 1 août 1613 et 2 juillet 1618, par lesquels il a été décidé, suivant Rousseaud de Lacombe, qu'un « Legs fait à certaines filles pour leur être baillé quand elles seront mariées, n'est dû que lors du mariage ». Cette proposition, prise à la lettre, est évidemment fausse: Rousseaud de Lacombe l'appuie sur la loi 24, C *de nuptiis*, qui dit effectivement que, *si quis nuptiarum jecerit mentionem in qualicumque pacto, conditionem intelligi ut ipsa nuptiarum accedat festivitas*; mais le texte même de cette loi fait entendre très clairement qu'il faut en restreindre la disposition au cas où le mariage a été mis pour condition.

Source : BIU Cujas

traité de la même façon que les dispositions faites aux étrangers..... La loi *Titio centum* (71, §. 3, D. *de conditionibus et demonstrationibus*), qui est formellement dans cette espèce, déclare caduc un Legs fait par un père à sa fille pour cause de dot, en considération de ce qu'elle était morte avant d'avoir contracté mariage, et que la condition sous laquelle le Legs était fait, avait manqué.... Le parlement de Paris a donc mieux rencontré, lorsqu'il a jugé par son arrêt du 15 mai 1615, ci-dessus mentionné, que les Legs dont nous parlons, sont conditionnels aussi-bien à l'égard des enfans que des étrangers, lorsque les enfans ont d'ailleurs leur légitime ».

La faveur de la religion introduisit autrefois une exception au principe que nous venons d'établir. — Si la personne appelée à un Legs pour le temps où elle se marierait, renonçait au monde pour embrasser la vie claustrale, on considérait sa profession comme un mariage spirituel, et en conséquence on lui adjugeait le Legs, comme si elle eût été mariée. C'est ce que nous apprennent la Novelle 123 de l'empereur Justinien, chap. 3, un arrêt du parlement de Toulouse, du mois de mai 1602, rapporté par Bouchel, et un autre du parlement de Bordeaux, du 23 mai 1671, rapporté par Lapeyrère. Cette jurisprudence n'avait pour objet, dans son origine, que l'augmentation du bien temporel des monastères; et comme ce motif ne peut plus avoir lieu dans nos mœurs, puisque les biens des religieux ne sont plus déférés à leurs cloîtres, mais aux héritiers que la loi leur donne ou qu'ils se choisissent valablement, il est clair que nous ne devons plus donner à la profession religieuse l'effet de remplir une condition testamentaire de mariage. Telle est d'ailleurs la disposition textuelle de l'ordonnance de 1747, tit. 1, art. 25.

§. II. *De quelle manière doit se faire le paiement d'un Legs ?*

I. Il est de principe qu'un créancier ne peut régulièrement être contraint de recevoir une chose au lieu d'une autre, et qu'au contraire il a droit de forcer le débiteur à remplir son obligation dans sa forme spécifique.

De là il suit qu'un Legs doit être acquitté en nature, et par conséquent qu'il n'est pas au pouvoir de l'héritier de payer en valeur numéraire une espèce qui a été léguée par le défunt. (Loi 11, §. 17, D. *de legatis* 3°.) Ainsi, par arrêt du parlement de Paris, du 7 septembre 1643, rapporté dans les OEuvres de Henrys, il a été jugé que le Legs annuel fait à un hôpital d'une certaine quantité de sel, devait être payé en espèces, nonobstant l'offre de l'héritier d'en fournir la valeur chaque année.

On a demandé si un Legs de vin fait à des prisonniers par forme de fondation perpétuelle, pouvait être converti en argent. Voici le fait. — Une femme légua, en 1550, par testament, 88 pintes de vin aux pauvres prisonniers de la sénéchaussée d'Angers, et en affecta le paiement sur différens héritages. Elle les stipula payables en nature par le légataire et ses descendans, à perpétuité. — Depuis 1617, les détenteurs des héritages avaient néanmoins été autorisés par différentes sentences à acquitter le Legs en argent, moyennant 14 livres 8 sous, à raison d'un sou à la pinte; et cette charge continuait de s'acquitter ainsi par ceux qui avaient successivement acquis les fonds affectés. — En 1777, le procureur du roi d'Angers se rendit tiers opposant aux sentences qui avaient dénaturé le Legs dont il s'agit, et fit assigner les détenteurs des héritages, pour se voir condamner à le payer en vin : sentence qui, sans s'arrêter à la tierce opposition, autorise à continuer le paiement du Legs en argent. — Appel au parlement de Paris; et, le 31 juillet 1779, arrêt sur les conclusions de M. d'Agnesseau, avocat général, qui reçoit M. le procureur général appelant de la sentence de la sénéchaussée d'Angers; émendant, condamne les détenteurs actuels des héritages à acquitter le Legs en nature, et à tous les dépens.

[[Le legs d'une somme d'argent peut-il être acquitté *malgré* le légataire, par la délivrance d'un contrat de rente produisant un revenu annuel égal à l'intérêt de cette somme ? — Le peut-il, lorsque le légataire est, ou un hospice, ou une généralité de pauvres, ou un établissement d'utilité publique ? — Voici ce qu'a prononcé sur ces deux questions un arrêt de la cour de cassation, du 8 fructidor an 13 :

« Le procureur général impérial expose qu'il est parvenu à sa connaissance un arrêt de la cour d'appel de Riom, qui applique à faux certaines lois, et en viole ouvertement d'autres. — Voici les faits :

» Le 5 octobre 1785, la dame veuve Galien a fait un testament par lequel, après avoir institué pour son héritier le sieur Capelle, son neveu, elle a légué *aux pauvres de l'OEuvre de la Miséricorde de la ville d'Aurillac*, une somme de 80,000 fr.

» La testatrice est morte en 1789.

» L'OEuvre de la Miséricorde d'Aurillac n'a fait aucune démarche pour obtenir la délivrance du Legs.

» Mais le bureau de bienfaisance qui, en vertu de la loi du 7 frimaire an 5, remplace aujourd'hui cet établissement, s'est pourvu en l'an 9 devant le tribunal civil d'Aurillac, pour faire condamner le sieur Capelle au paiement des 80,000 fr.

» Le sieur Capelle a décliné ce tribunal; et par-là s'est formée une instance en règlement de juges, sur laquelle il est intervenu, le 4 pluviose an 10, un arrêt de la cour qui a renvoyé les parties devant le tribunal civil de Saint-Flour.

» Le 18 messidor an 10, le gouvernement a pris, sur la demande du bureau de bienfaisance d'Aurillac, un arrêté ainsi conçu : — « *Art.* 1. Le Legs de 80,000 fr. fait à l'OEuvre de la Miséricorde de

Source : BIU Cujas

la ville d'Aurillac par..... Françoise Dorothée..... veuve Galien....., sera accepté au nom des pauvres de ladite ville, par le bureau de bienfaisance remplaçant aujourd'hui l'OEuvre de la Miséricorde, pour la distribution des secours à domicile. — *Art.* 2. Le montant de ce Legs sera réuni aux autres biens et revenus des pauvres de la ville d'Aurillac, pour être administré et régi par les membres du bureau de bienfaisance, à l'instar des autres biens des établissemens de charité. — *Art.* 3. Le Legs étant fait en argent, il sera employé en acquisition de rentes sur l'État. — *Art.* 4. Les administrateurs du bureau de bienfaisance feront, sur les biens de la succession de la testatrice, tous les actes conservatoires qu'exigera la garantie des droits des pauvres d'Aurillac. — *Art.* 5. En cas de contestation ou de refus de la part des héritiers, les administrateurs du bureau de bienfaisance poursuivront la délivrance du Legs devant les tribunaux, en s'y faisant préalablement autoriser dans les formes voulues par les précédens arrêtés ».

» D'après cet arrêté, les administrateurs du bureau de bienfaisance se sont fait autoriser par le conseil de préfecture du département du Cantal, à continuer les poursuites qu'ils avaient commencées contre le sieur Capelle ; et la cause a été plaidée contradictoirement devant le tribunal de première instance de Saint-Flour.

» Le sieur Capelle a soutenu d'abord que le Legs était nul ; en second lieu, qu'il devait au moins être réduit ; enfin, et subsidiairement, qu'on devait l'admettre à le payer en rentes sur l'État.

» Le 20 floréal an 11, jugement qui déclare le Legs nul, et les administrateurs du bureau de bienfaisance non-recevables dans la demande qu'ils en ont formée. — Appel.

» Devant la cour de Riom, le sieur Capelle conclud à la confirmation pure et simple de ce jugement, et reproduit néanmoins les conclusions subsidiaires qu'il a prises en première instance. Il soutient notamment que, dans le cas où le Legs serait jugé exigible en totalité, on devrait l'autoriser à le payer en rentes sur l'État ; « qu'il serait extraordinaire qu'on voulût le contraindre à verser la somme en numéraire, pour ensuite être employée par les administrateurs en acquisitions de rentes sur l'État ; que ce serait vouloir qu'il versât des deniers dans les coffres du gouvernement, tandis que l'intention de la testatrice n'avait pas été telle ; qu'à l'époque de l'ouverture du testament, l'art. 18 de l'édit de 1749 interdisait aux gens de main-morte le droit d'acquérir autre chose que des rentes constituées sur le roi, sur le clergé, diocèses, villes ou communautés ; que l'art. 13 de la déclaration du 20 juillet 1762 autorisait les héritiers et représentans des donateurs ou testateurs, à donner en paiement des remboursemens, des rentes de la nature de celles dont il est permis aux gens de main-morte de faire l'acquisition, par l'art. 18 de l'édit de 1749 ».

» Par arrêt du 20 messidor an 12, la cour d'appel de Riom a réformé le jugement du tribunal de Saint-Flour, et a ordonné l'exécution du Legs de 80,000 francs. Mais (a-t-elle dit), — « En ce qui touche le mode de paiement, attendu qu'en vertu des lois qui avaient lieu au temps de l'ouverture de la succession, l'héritier avait le droit de l'acquitter, en offrant des capitaux de rentes sur l'État ; que c'est aussi en cette espèce de rentes, que doit être converti le montant du Legs, aux termes de l'arrêté du 18 messidor an 10 ; mais que l'héritier doit être maintenu dans le droit de faire cette conversion lui-même, ou d'en laisser le soin aux administrateurs..... ; la cour condamne la partie de Pagès (le sieur Capelle), à payer dans l'année, à compter de ce jour....., à la caisse du bureau de bienfaisance de la ville d'Aurillac, la somme de 80,000 francs, montant du Legs, si mieux n'aime ladite partie de Pagès remettre dans ledit espace d'un an, des rentes sur l'État, pour le capital de ladite somme de 80,000 fr., et au revenu fixe de 4,000 fr. annuellement ; et, faute par ladite partie de Pagès de remettre dans ledit temps des contrats de rentes sur l'État, comme dessus, audit cas, après l'année expirée, et sans qu'il soit besoin d'autre arrêt, il en demeurera déchu, et sera tenu de payer les 80,000 fr. en argent..... ; à la charge par les administrateurs d'employer et administrer ladite somme conformément aux intentions de la testatrice et à l'arrêté du 18 messidor an 10 ».

» Ainsi, la cour d'appel de Riom a jugé que le sieur Capelle pouvait se libérer en rentes sur l'État, d'un Legs que la testatrice l'avait chargé de payer en numéraire ; et il est aisé de faire voir que, par-là, elle a fait une fausse application des lois relatives aux dispositions en faveur des gens de main-morte, en même temps qu'elle a violé les lois générales concernant le mode de paiement des Legs.

» Quelles sont les lois relatives aux dispositions en faveur des gens de main-morte, d'après lesquelles la cour d'appel de Riom a jugé que le sieur Capelle pouvait acquitter en rentes sur l'État, le Legs dont la veuve Galien l'avait grevé envers les pauvres de l'OEuvre de la Miséricorde d'Aurillac ? La cour d'appel de Riom n'en a cité nommément aucune ; elle s'est contentée de dire vaguement que tel était le vœu de ces lois ; et sans doute elle n'a eu en vue, en parlant ainsi, que les lois dont le sieur Capelle avait réclamé les dispositions, c'est-à-dire, l'art. 18 de l'édit du mois d'août 1749 et l'art. 13 de la déclaration du 20 juillet 1762.

» Or, 1° par l'art. 18 de l'édit du mois d'août 1749, le législateur se borne à déclarer *n'avoir entendu comprendre les rentes constituées sur l'État, ou sur le clergé, diocèses, pays d'états, villes ou communautés, dans la disposition des art.* 14, 15, 16 et 17 de la même loi, portant défenses aux gens de main-morte d'acquérir, soit des biens-fonds, soit des droits réels, soit des rentes constituées sur particuliers, sans y avoir été préalablement auto-

Source : BIU Cujas

risés par des lettres-patentes; et, certainement, s'il résulte de là que les gens de main-morte n'ont pas besoin de lettres-patentes, comme le dit expressément le même article, pour *acquérir* et *recevoir* des rentes sur l'État, ce n'est pas à dire pour cela qu'il leur soit défendu de recevoir de l'argent comptant, d'acquérir des effets mobiliers; ce n'est pas à dire pour cela que ceux qui leur doivent de l'argent comptant, que ceux qui se sont obligés de leur fournir des effets mobiliers, puissent les forcer de prendre en paiement des rentes sur l'État.

» 2° La déclaration du 20 juillet 1762 n'a jamais été enregistrée au parlement de Paris, dont le ressort comprenait notoirement la province d'Auvergne. On n'aurait donc pas dû la citer devant la cour d'appel de Riom.

» Il est vrai qu'elle a été remplacée, pour le ressort du parlement de Paris, par une autre déclaration du 26 mai 1774, qui n'en est que la répétition littérale. Mais il s'en faut beaucoup que l'on trouve dans ses dispositions, ce que la cour d'appel de Riom a cru y voir.

» C'est dans les art. 8, 9, 10, 11, 12 et 13 de cette loi, que sont consignées toutes ses dispositions concernant les *hôpitaux, fabriques, tables ou bouillons des pauvres de paroisses, et autres établissemens de charité.*

» Par l'art. 8, *désirant pourvoir à ce que les deniers comptans* qui appartiennent à ces établissemens, et provenant, soit des remboursemens qu'ils auront reçus, soit *des dons et Legs qui leur auront été faits*, soit de leurs épargnes, ne demeurent pas inutiles entre les mains des administrateurs, le législateur autorise ceux-ci à remettre ces fonds au trésor public, pour y demeurer en dépôt, moyennant un intérêt de quatre pour cent, jusqu'à ce que les administrateurs aient trouvé un emploi convenable. — On voit déjà par ces mots, *des dons et Legs qui leur auront été faits*, que les établissemens de charité étaient, avant la publication du Code civil, capables de recevoir des deniers comptans par don ou Legs; et, en effet, il est inouï, qu'avant la publication du Code civil, on leur ait jamais opposé à cet égard la moindre difficulté.

» L'art. 9 va plus loin : — « En considération de la faveur que méritent les hôpitaux et autres établissemens énoncés en l'article précédent, voulons que les dispositions de dernière volonté, par lesquelles il leur aurait été donné, depuis l'édit du mois d'août 1749, ou leur serait donné à l'avenir, des rentes, biens-fonds, et autres immeubles de toute nature, soient exécutées; dérogeant à cet égard à la disposition de l'art. 9 de notredit édit, sous les clauses, conditions et réserves énoncées dans les articles suivans ».

» Et les articles suivans, voici ce qu'ils portent : — *Art.* 10. Les rentes ainsi données ou léguées aux hôpitaux et autres établissemens mentionnés en l'art. 8, pourront être remboursées par les débiteurs, quand même elles auraient été stipulées non rachetables; et ce, sur le pied du denier vingt, quand elles n'auront pas de principal déterminé : voulons pareillement qu'elles puissent être retirées par les héritiers et représentans des donateurs, dans un an à compter du jour de l'enregistrement des présentes, pour les dispositions de dernière volonté antérieures à la présente déclaration; et à compter du jour de l'ouverture des successions, pour celles qui seront postérieures. — *Art.* 11. Les héritiers et représentans de ceux qui auront donné, par disposition de dernière volonté, des immeubles aux hôpitaux et aux autres établissemens ci-dessus énoncés, pourront aussi, dans les mêmes délais portés par l'article précédent, retirer lesdits immeubles, en payant la valeur d'iceux, suivant l'évaluation qui en sera faite. — *Art.* 12. Faute par lesdits débiteurs, héritiers et représentans, d'avoir fait ce remboursement des rentes, ou payé la valeur desdits immeubles, dans le délai ci-dessus, ordonnons que les administrateurs desdits hôpitaux et autres établissemens ci-dessus énoncés, seront tenus d'en vider leurs mains, dans l'an et jour, à compter de celui où le délai ci-dessus sera expiré, sous les peines portées par l'art. 26 de l'édit du mois d'août 1749..... — *Art.* 13. *Les débiteurs des rentes*, et les héritiers et représentans des donateurs et testateurs *qui auraient donné ou légué lesdites rentes ou des biens-fonds et immeubles* de toute nature, seront admis à donner *en remboursement desdites rentes, ou pour le prix des immeubles légués ou donnés*, qu'ils sont autorisés de rembourser ou retirer par les art. 10 et 11 ci-dessus, des rentes de la nature de celles dont il est permis aux gens de main-morte de faire l'acquisition, par l'art. 18 de l'édit du mois d'août 1749; au moyen de quoi, ils en demeureront libérés, comme s'ils avaient fait les paiemens en deniers comptans ».

» On voit que ces dispositions, parfaitement liées entre elles et toutes corrélatives les unes aux autres, n'ont pour objet que les donations ou Legs faits aux établissemens de charité, en rentes foncières ou constituées sur particuliers, en biens-fonds, en immeubles quelconques.

» Ainsi, que le sieur Capelle eût pu s'en prévaloir, pour rembourser en rentes sur l'État, *dans l'année de la mort de la veuve Galien*, les rentes foncières ou constituées sur particuliers, que celle-ci eût pu léguer à un établissement de charité, à la bonne heure.

» Mais qu'il ait argumenté de là pour dire qu'on devait l'admettre à payer en rentes sur l'Etat, un Legs absolument mobilier, et qu'on devait l'y admettre *quinze ans après l'ouverture de la succession de la veuve Galien*, c'est ce qui ne peut se concevoir.

» Ce que l'on conçoit encore bien moins, c'est que la cour d'appel de Riom ait adopté un aussi étrange système; c'est qu'elle l'ait adopté sans en donner aucun motif, et uniquement dans la vue de

Source : BIU Cujas

transporter au sieur Capelle l'avantage que le gouvernement avait voulu procurer au bureau de bienfaisance d'Aurillac, en l'obligeant, par son arrêté du 18 messidor an 10, d'employer lui-même en rentes sur l'Etat le montant du Legs dont il l'avait autorisé à poursuivre la délivrance et le paiement.

» Mais en jugeant ainsi, la cour d'appel de Riom n'a pas seulement appliqué à faux les dispositions de l'édit du mois d'août 1749 et de la déclaration du 26 mai 1774; elle a encore violé formellement les lois romaines, qui, à l'époque de l'ouverture de la succession de la veuve Galien, et même à celle de la demande formée en justice par le bureau de bienfaisance d'Aurillac, avaient, dans la ci-devant Auvergne, une autorité véritablement législative.

» Il est de principe, dans le droit romain, comme dans le droit français, qu'un créancier ne peut être contraint de recevoir une chose au lieu d'une autre, et que tout débiteur doit remplir ses obligations dans leur forme spécifique.

» De là il suit qu'un Legs ne peut être acquitté que par la prestation réelle et effective de la chose même que le testateur a léguée. *Ex his apparet* (dit la loi 11, §. 17, *de legatis* 3°., au Digeste), *cùm per fideicommissum aliquid relinquitur, ipsum præstandum quod relictum est.*

» Ainsi, l'héritier ne peut pas forcer le légataire d'une somme de deniers, à prendre en paiement des biens de la succession; il ne le peut même pas, lorsque le testateur n'a pas laissé cette somme en nature; c'est à lui à se la procurer de la manière qu'il jugera la plus expéditive, pour la verser entre les mains du légataire. *Si pecunia legata in bonis legantis non sit, solvendo tamen hereditas sit, heres pecuniam legatam dare compellitur, sive de suo, sive ex venditione rerum hereditariarum, sive undè voluerit.* Ce sont les termes de la loi 12, D. *de legatis* 2°.

» Par la même raison, il n'est pas au pouvoir de l'héritier de substituer le paiement d'une valeur numéraire à la délivrance d'une espèce léguée par le défunt; et cette maxime est si constante dans le droit romain, que l'affection particulière de l'héritier pour des choses qui viennent de ses ancêtres, n'est pas un motif suffisant pour l'autoriser à les retenir et à en donner l'estimation au légataire. *Cùm alicui poculum legatum esset, velletque heres estimationem præstare, quia iniquum esse aiebat id separari à se, non impetravit id à prætore.* C'est ce que nous apprend la loi 71, §. 4, D. *de legatis* 1°.

» Ce considéré, et attendu que les administrateurs du bureau de bienfaisance d'Aurillac ont acquiescé à l'arrêt de la cour d'appel de Riom, du 27 messidor an 12, et que, par leur acquiescement, ils ont ouvert à l'exposant le droit qui lui est attribué par l'art. 88 de la loi du 27 ventose an 8; — Il plaise à la cour, vu l'art. 18 de l'édit du mois d'août 1749, les art. 8, 9, 10, 11, 12 et 13 de la déclaration du 26 mai 1774, la loi 11, §. 17, D. *de Legatis* 3°, la loi 12, D. *de Legatis* 2°, et la loi 71, §. 4, D. *de Legatis* 1°, casser et annuller, pour l'intérêt de la loi, et sans préjudice de son exécution entre les parties intéressées, la disposition dudit arrêt qui autorise le sieur Capelle à acquitter en rentes sur l'État, le Legs de 80,000 francs y mentionné; et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt de cassation à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres de la cour d'appel de Riom.

» Fait au parquet, le 7 messidor an 13. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Bailly, l'un des juges;

» Attendu l'acquiescement donné par les administrateurs du bureau de bienfaisance d'Aurillac, à l'arrêt de la cour d'appel de Riom, du 27 messidor an 12, la cour, faisant droit sur le réquisitoire ci-dessus, au désir de l'art. 88 de la loi du 27 ventose an 8; — Vu l'art. 18 de l'édit du mois d'août 1749; les art. 8, 9, 10, 11, 12 et 13 de la déclaration du roi, du 26 mai 1774; la loi 11, §. 17, D. *de Legatis* 3°; la loi 12, au même titre, §. 2; et la loi 71, aussi du même titre, §. 4; — Considérant que le Legs porté au testament de la dame veuve Galien, du 5 octobre 1785, au profit des pauvres de l'OEuvre de la Miséricorde de la ville d'Aurillac, était d'une somme fixe de 80,000 fr., qui, d'après les lois romaines qui viennent d'être rappelées, ne devait être payée qu'en numéraire; qu'aucune loi n'a autorisé le débiteur d'un Legs en argent à s'en libérer en rentes sur l'Etat; que les lois françaises ci-dessus énoncées, n'ont eu pour objet que des donations ou Legs faits aux établissemens de charité, en rentes foncières ou constituées sur particuliers, en biens-fonds et en immeubles quelconques; d'où il suit que le sieur Capelle, neveu et héritier de la veuve Galien, n'était point fondé à s'en prévaloir pour payer en rentes sur l'Etat un Legs purement mobilier; et que la cour d'appel ne pouvait point en exciper, pour lui transporter l'avantage que le bureau de bienfaisance avait à espérer de l'emploi des 80,000 fr. argent, en acquisition de rentes sur l'Etat, ainsi qu'il y était autorisé par l'arrêté du gouvernement, du 18 messidor an 10; — La cour casse et annulle, dans l'intérêt de la loi, et sans préjudice de la transaction résultante de l'acquiescement du bureau de bienfaisance d'Aurillac, ledit arrêt du 27 messidor an 12, tant pour fausse application desdits articles de l'édit du mois d'août 1779 et de la déclaration du 26 mai 1744, que pour contravention aux lois romaines ci-dessus indiquées, qui veulent qu'un Legs ne puisse être acquitté que par la prestation réelle et effective de la chose même qui a été léguée, lors même que le testateur n'a pas laissé en nature la somme qui est l'objet du Legs».]]

La maxime qui a servi de fondement à ces arrêts, l'emporte même sur l'affection particulière que l'héritier peut avoir pour une chose qui vient de ses ancêtres; et il faut, malgré cette affection, que l'héritier délivre la chose en nature. C'est ce

Source : BIU Cujas

que prouve la loi 71, §. 4, D. *de legatis* 1°, [[qui est déjà citée dans le réquisitoire sur lequel a été rendu l'arrêt de la cour de cassation du 8 fructidor an 13. Présentons ici sa disposition toute entière]]: *Cùm alicui poculum legatum esset, velletque heres æstimationem præstare, quia iniquum esse aiebat id separari à se, non impetravit id à prætore. Alia enim conditio est hominum, alia cæterarum rerum. In hominibus enim benignâ ratione receptum est quod suprà probavimus* (1).

Cependant la coutume d'Amiens déroge à cette rigueur. « Toutefois (porte-t-elle, art. 64), si c'était meuble précieux qui fût dès long-temps de la maison, et venu de père en fils, audit cas l'héritier le peut entièrement retenir et avoir, en baillant au légataire l'estimation d'icelui ». L'art. 67 de la coutume de Vermandois contient la même disposition. — [[Mais l'une et l'autre ne se retrouvant pas dans le Code Napoléon, sont par cela seul abrogées. *V.* la loi du 30 ventose an 12, art. 7.]]

II. Les lois romaines renferment aussi plusieurs exceptions à la règle dont il s'agit.

Écoutons le jurisconsulte Pomponius dans la loi 26, §. 2, D. *de legatis* 1° : « Lorsqu'un testateur a légué une quote de ses biens, l'héritier est-il obligé de fournir les parties de chaque chose en nature, ou lui est-il permis de les payer en estimation? Ce dernier parti a été soutenu par Sabinus et Cassius; le premier a eu pour défenseurs Proculus et Nerva. Pour moi, je pense qu'il faut ici favoriser l'héritier, en lui donnant le choix de payer de l'une ou de l'autre manière : on ne doit cependant permettre à l'héritier de payer en nature que les parties de choses dont la division n'altère point la qualité; car s'il se trouve des effets indivisibles ou qui ne puissent se diviser sans détérioration, on doit obliger l'héritier à en fournir la valeur (2).

Le choix que donne ici la loi de payer en nature ou en estimation, dans le cas particulier dont elle parle, le testateur peut aussi le donner, dans toute autre hypothèse, par une disposition spéciale; mais alors il faut que le paiement se fasse, ou tout-à-fait d'une façon, ou tout-à-fait d'une autre : la multiplicité même, soit des choses comprises dans un Legs, soit des héritiers qui en sont chargés, ne pourrait pas servir de prétexte pour le payer, partie en nature, et partie en estimation. La loi 8, §. dernier, D. *de legatis* 1°, et la loi 15, D. *de legatis* 2°, le décident ainsi; et c'est une conséquence nécessaire du principe général, qu'une obligation alternative doit être pleinement exécutée dans un seul de ses membres. *V. Catteux*, sect. 3, §. 1.

Il y a aussi quelques cas où le Legs ne pouvant pas être acquitté en nature, il faut nécessairement le payer en estimation. — C'est, 1° lorsque la chose léguée ne se trouve pas dans le patrimoine du testateur, mais dans celui d'une personne étrangère qui ne veut pas la vendre à l'héritier pour un prix raisonnable (*V.* ci-devant, sect. 3, §. 3); — 2° lorsque le légataire, sans être privé du commerce de la chose léguée, ne peut pas néanmoins la posséder (*V.* ci-devant, sect. 3, §. 1); — 3° lorsqu'il l'a acquise à titre onéreux du vivant du testateur (*V.* ci-devant, sect. 3, §. 2); — 4° Lorsque l'héritier l'a laissée périr par sa faute ou sa négligence.

III. La raison qui, dans la thèse générale, empêche l'héritier de payer en deniers ce qu'il doit en espèce, lui ôte réciproquement le droit de payer en espèce ce qu'il doit en deniers. C'est ce que décide la loi 12, D. *de legatis* 2° : « Si les deniers légués (porte-t-elle), ne se trouvent pas dans le patrimoine du testateur, et que cependant la succession soit solvable, l'héritier est tenu de fournir les deniers même, soit qu'il les tire de son propre fonds, soit qu'il se les procure par la vente des effets héréditaires, ou d'ailleurs ».

La disposition de ce texte a été adoptée par trois arrêts des parlemens de Dijon, de Paris et de Bordeaux. Le premier, qui est du 12 juillet 1604, se trouve dans le Dictionnaire de Brillon; le second est rapporté par Soëfve sous la date du 10 janvier 1651; et le troisième, rendu le 4 septembre 1692, fait partie des *décisions* de Lapeyrère.

Cette jurisprudence n'a pas moins lieu contre un héritier par bénéfice d'inventaire, que contre un héritier pur et simple. Le parlement de Grenoble l'a ainsi jugé par trois arrêts des 10 décembre 1634, 22 novembre 1635 et 3 juin 1636, qui sont insérés dans le Recueil de Basset.

IV. Voici une espèce dans laquelle on a agité la question de savoir où doit se faire le paiement d'un Legs.

Le sieur Jayet, prêtre à Beaucroissant, fit, en 1717, un testament, par lequel il légua *à huit pauvres dudit lieu, les plus nécessiteux, annuellement et perpétuellement, huit quartauts de blé froment, mesure de Lemps, laquelle distribution serait faite par le sieur curé dudit lieu, ou ses successeurs, conjointement avec un des officiers de la communauté, qui en passeraient quittance à son héritier.* — Joseph Roud, comme représentant l'héritier du testateur, a élevé une contestation sur la forme du paiement de ce Legs annuel. Le sieur Couvath, curé de Beaucroissant, convenait qu'avant d'être pouvu du bénéfice, il ignorait comment ses prédécesseurs avaient fait exécuter la fondation; que lui-même n'avait pas fait difficulté, dans le principe, de délivrer au débiteur des certificats qui attestaient la distribution de l'aumône en grains; mais que le hasard lui ayant fait découvrir le titre constitutif, il se croyait obligé d'en réclamer l'exé-

(1) Ces derniers mots annoncent qu'un héritier pouvait quelquefois payer en estimation le Legs d'un esclave; et cela avait lieu, suivant le § 3 du même texte, lorsque cet esclave était un de ses proches parens.

(2) A cette décision importante, la loi 27 en ajoute une autre non moins remarquable, que nous avons rapportée au mot *Douaire*, sect. 5, §. 1, n. 2.

Source : BIU Cujas

cution; et qu'en conséquence il avait exigé, conjointement avec le procureur des pauvres, que les grains fussent apportés à la cure, pour être ensuite distribués. — Sur le refus du débiteur, qui prétendait au contraire assujettir les exécuteurs de la fondation à venir prendre et distribuer les grains chez lui, ou qui offrait de l'acquitter sur leurs mandats, l'affaire s'est engagée au parlement de Grenoble, où le curé a soutenu que, dans la règle générale, lorsque le titre n'explique pas en quel lieu la dette doit être acquittée, elle doit l'être au domicile du créancier, pourvu qu'il réside dans la même juridiction que le débiteur; ce qu'il appuyait sur l'autorité de la glose et l'opinion des commentateurs, sur la loi 18, D. *de pecuniâ constitutâ*, et sur le sentiment de Dumoulin, coutume de Paris, §. 85, glos. 1, n° 104; que dans le fait, ce principe recevait son application à la cause; qu'en raisonnant sur les termes de la disposition du Legs, il était sensible que le testateur n'avait pas entendu soumettre les exécuteurs de la fondation à une espèce de servitude onéreuse; qu'en rendant les pauvres nécessiteux l'objet de ses libéralités, et en en confiant la distribution au curé, assisté d'un officier de la communauté, il n'avait pas sans doute voulu obliger les pauvres honteux à se montrer chez un particulier, où quelques motifs pourraient les empêcher de se présenter; que le curé et l'administrateur devant donner quittance à l'héritier, elle supposait la réception de l'objet à distribuer; qu'il y aurait aussi un inconvénient sensible à rendre le débiteur maître de cette distribution sur de simples mandats, comme il le prétendait, parcequ'il serait dangereux de le laisser libre de distribuer à sa fantaisie des grains de mauvaise qualité; que, quand même cette forme d'acquittement serait justifiée avoir été pratiquée depuis long-temps, ce ne serait qu'un abus contraire à l'intérêt des pauvres, aux intentions du fondateur, à la disposition de son testament. — Sur ces moyens, arrêt du 13 juin 1776, qui condamne le sieur Roud à porter à l'avenir les grains legués chez le curé, qui lui en donnera quittance, et aux dépens.

SECTION VI. *Des précautions prises par les règlemens pour assurer le paiement et l'exécution des Legs pieux.*

Le parlement de Paris a ordonné par quatre arrêts des 28 novembre 1662, 20 janvier 1668, 7 septembre 1702, 28 février 1785, et par l'art. 118 de celui du 7 septembre suivant, rendu pour l'administration des biens des fabriques et des charités des paroisses situées dans l'étendue du diocèse de Reims, que les « notaires et autres personnes publiques qui recevront des testamens et autres actes contenant des legs, aumônes ou dispositions au profit des pauvres, des églises et hôpitaux, (seront tenus) d'en donner avis aux substituts du procureur général du roi, ou aux procureurs fiscaux, incontinent après que les testamens ou autres actes auront eu lieu, et de leur en remettre des extraits en bonne forme, pour faire les recouvremens et poursuites nécessaires sous telle peine qu'il appartiendra, et de répondre en leur propre et privé nom, des dépens, dommages et intérêts ». Le même arrêt enjoint pareillement « aux héritiers, exécuteurs testamentaires et tous autres qui auront connaissance de semblables testamens et dispositions de dernière volonté, faites sous seing privé, d'en faire la déclaration dans huitaine, à peine d'être condamnés en leurs noms, au paiement du double envers les pauvres ».

Le parlement de Provence a aussi rendu, le 26 juin 1702, un arrêt qui « enjoint à tous curés, vicaires, notaires et autres personnes publiques qui recevront des testamens ou autres actes contenant des Legs, aumônes ou dispositions au profit des hôpitaux, églises, communautés, prisonniers et personnes qui sont dans la nécessité, d'en donner avis au procureur général du roi, aussitôt que ces testamens et autres actes auront lieu, et seront venus à leur connaissance, et de lui en mettre ès mains des extraits en bonne forme, pour faire les poursuites nécessaires, même aux exécuteurs testamentaires de l'en avertir; le tout à peine de 300 livres d'amende, applicables moitié à l'hôpital général de la charité, et l'autre moitié aux pauvres prisonniers, et de répondre en leurs noms de tous les dépens et dommages-intérêts ».

Ces règlemens ont été adoptés par le conseil supérieur du Cap-Français, qui en a étendu les dispositions à son ressort par trois arrêts des 6 mai 1704, 14 novembre 1770 et 10 février 1778. Voici une lettre circulaire que M. François (de Neuf-Château), procureur général de cette cour, a écrite à ce sujet en 1785, à tous les curés, greffiers et notaires de son département: — « Il a été enjoint, par différens arrêts de la cour, à tous greffiers, notaires, et autres personnes publiques qui recevraient des testamens ou d'autres actes, contenant des Legs pieux, aumônes, ou donations au profit des hôpitaux, églises ou communautés du ressort de la cour, d'en donner avis au procureur général du roi, incontinent après le décès des testateurs, ou la passation desdits actes. En conséquence, il doit m'être adressé deux extraits, en bonne forme, des articles contenant lesdites dispositions, pour en faire les poursuites nécessaires. Les héritiers, exécuteurs testamentaires et tous autres qui auraient connaissance desdits testamens ou actes, sont tenus de m'en faire la déclaration dans la huitaine. — L'inexécution de règlemens aussi sages me mettrait dans le cas de requérir les peines sévères qu'ils ont prononcées; mais avant de déployer la rigueur de mon ministère, j'ai cru pouvoir me borner à vous rappeler d'abord vos obligations sur ce point. J'espère que vous n'y manquerez pas à l'avenir. Quant au passé, je crois ne pas trop exiger de votre zèle, en vous exhortant à faire dans vos registres, une recherche très exacte des Legs pieux, aumônes, et autres dispositions de charité, contenues dans les

Source : BIU Cujas

testamens et les actes passés depuis six ans; ce qui remonte à l'année 1779. — Il faut comprendre, dans le nombre des Legs pieux, les libertés données aux esclaves par testament. Ces dispositions de dernière volonté, qui devraient être sacrées, sont souvent sans effet, par la négligence des héritiers, des exécuteurs testamentaires, des légataires ou des curateurs aux successions vacantes. Cet abus a donné lieu à beaucoup de plaintes. Pour y remédier, vous me ferez passer également les dispositions d'affranchissement dont vous aurez connaissance, à partir de l'époque ci-dessus fixée ».

SECTION VII. *De l'extinction des Legs.*

I. Un Legs valable en lui-même peut devenir inutile par la suite. — Les causes qui produisent ordinairement cet effet, peuvent être réduites au nombre de sept: ce sont, 1° la révocation expresse ou présumée du testateur; 2° l'indignité du légataire; 3° sa mort; 4° le défaut d'accomplissement de la condition ou du mode attaché à la disposition; 5° le laps du temps fixé par le testateur pour la durée des Legs; 6° la prescription; [[7° l'anéantissement de la chose léguée.]]

Nous ne parlerons ici que de la seconde, de la troisième, de la cinquième, de la sixième et de la septième cause: on peut voir sur les autres, les articles *Révocation*, *Condition* et *Mode*.

[[II. On a vu au mot *Indignité*, quelles sont les causes qui peuvent rendre un légataire indigne de son Legs.

Mais il reste à savoir si le légataire qui a attaqué et fait annuller les dispositions du testament qui lui portaient préjudice, peut encore réclamer le Legs que le défunt lui avait fait par cet acte, ou si, en attaquant et en faisant annuller ses dispositions, il s'est rendu indigne de la libéralité dont le testateur l'avait gratifié. — Voici une espèce dans laquelle cette question a été profondément discutée.

Le 19 juillet 1747, Lancelot-Ignace de Gottignies, domicilié à Bruxelles, fait un testament par lequel il dispose, en faveur des enfans à naître de son fils unique Lancelot-Ignace-Joseph de Gottignies, d'une grande quantité de biens et de rentes, de tout son mobilier, et de tout ce qui, dans sa fortune, est mobilisé par la coutume de son domicile. — Il veut que tous les deniers qui se trouveront dans sa succession, et ceux qui proviendront tant de ses *actions et crédits* que de la vente de ses meubles, soient employés en acquisition de rentes ou de biens fonds, « selon l'occasion et d'après la volonté et bon plaisir de son fils, étant sa volonté que sondit fils jouisse sa vie durant desdites rentes et biens ». — En cas de mort de son fils sans postérité, il ordonne que tout ce qu'il a laissé à ses enfans à naître, passera aux trois branches des descendans de feu Guillaume-Louis Devisscher-Celles qu'il leur substitue à cet effet. — Enfin, il autorise son fils à disposer, soit par testament, soit par acte entre-vifs, entre ses enfans, et à leur défaut, entre les descendans de Guillaume-Louis Devisscher-Celles, de tous les biens qu'il leur a laissés.

Le 25 juin 1748, décès de Lancelot-Ignace de Gotignies. — Le 6 juillet suivant, Lancelot-Ignace-Joseph de Gottignies, son fils, accepte son testament et déclare aux chefs des trois branches des descendans de Guillaume Devisscher-Celles, qu'il l'exécutera.

Le 5 juin 1783, Lancelot-Ignace-Joseph de Gottignies, n'ayant point d'enfans, fait un testament dans lequel il débute en ces termes: — « Pour procéder à la disposition de nos biens, nous employons les octrois que nous avons obtenus du conseil de Brabant et du conseil privé de S. M., pour disposer de nos fiefs, et spécialement la faculté qui nous est conférée par le testament de notre très honoré père, du 19 juillet 1747, de pouvoir disposer selon notre volonté entre les descendans de Guillaume-Louis Devisscher-Celles ». — Il ordonne que plusieurs fiefs situés en Hainaut et dont il s'était *déshérité*, seront vendus dans l'année de sa mort, et que le prix en appartiendra à ses *héritiers universels*. — Il lègue 20,000 florins au sieur Devisscher-d'Hove, 30,000 florins au sieur Debrouchoven de Bergeyck, 20,000 florins à un autre Debrouchoven, 20,000 florins à la dame Debrouchoven-Wonsheim, et 20,000 florins à la dame Debrouchoven-Liekerke, tous descendans de Louis-Guillaume Devisscher-Celles. — Enfin, il institue pour héritiers universels les enfans de Joseph-Albert-Ferdinand-Ghislain Devisscher-Celles.

Par un codicille fait peu de temps après, il lègue à Florence Deruyschen, autre descendante de Guillaume-Louis Devisscher-Celles, une somme de 35,000 florins, comme un gage de sa satisfaction du mariage qu'elle a contracté avec le sieur Vandernoot-Duras.

Dans l'un et dans l'autre acte, il omet Charles-François-Hyacinthe Devisscher, Joseph-François-Hippolyte-Ghislain Debrouchoven et les deux frères Dormer, qui cependant sont aussi au nombre des descendans de Guillaume-Louis Devisscher-Celles.

Après sa mort, qui suit presque immédiatement la confection du codicille, les enfans de Joseph-Albert-Ferdinand-Ghislain Devischer-Celles, institués héritiers universels, se mettent en possession de tous les biens, sans distinction de ceux qui avaient été frappés de substitution par le testament de Lancelot-Ignace de Gottignies père, d'avec ceux qui avaient été libres dans la personne de Lancelot-Ignace-Joseph de Gottignies, son fils.

Mais bientôt ils sont assignés en délaissement des deux tiers des premiers, par dix des descendans de Guillaume-Louis Devisscher-Celles, savoir, les quatre qui sont omis dans le testament et dans le codicille, et les six qui n'ont été gratifiés par ces

Source : BIU Cujas

deux actes, que de Legs particuliers. — Les quatre prétérits exposent qu'à la vérité, Gottignies fils a reçu de son père, relativement aux biens fidéicommissés par lui, le pouvoir de les diviser et partager par portions égales ou inégales, entre toutes les personnes composant la descendance de Guillaume-Louis Devisscher-Celles; mais que chacune de ces personnes avait une vocation individuelle à une part quelconque de ces biens; que Gottignies fils n'a donc pu la neutraliser et la rendre sans effet à l'égard d'aucune d'elles. — Quant aux six légataires, ils soutiennent que les Legs dont ils sont gratifiés par le testament et le codicille de Gottignies fils, devant être pris sur sa propre succession, ne peuvent pas être considérés comme formant leur part dans les biens dont il ne jouissait que sous la charge d'un fidéicommis.

Les sieurs Devisscher-Celles, héritiers institués, répondent que Gottignies père n'a pas appelé à la partie fidéicommissée de sa succession, les trois branches de la descendance de Guillaume-Louis Devisscher-Celles, et chacune des personnes appartenant à chacune de ces branches; — Qu'il ne les y a appelées, que dans le cas où son fils ne disposerait pas; — Que les individus de chaque branche n'avaient qu'une expectative, qu'une espérance éventuelle, et subordonnée à une condition que le testament de Gottignies fils a fait faillir; qu'il a donc pu omettre quatre de ces individus, et ne laisser que des Legs aux six autres qui se plaignent.

Sur ces débats, deux arrêts du conseil souverain du Brabant, des 21 avril 1787 et 6 mars 1788, décident, l'un en faveur des quatre prétérits, l'autre en faveur des six légataires, que le testament de Gottignies fils doit être mis à l'écart, en ce qui concerne les biens affectés par son père à toute la descendance de Guillaume-Louis Devisscher-Celles; et que sans s'arrêter, ni à la prétérition des premiers, ni aux Legs faits aux seconds, ces biens doivent être partagés en trois lots, à raison d'un pour chacune des trois branches, sauf la subdivision entre les personnes qui les composent.

Les sieurs Devisscher-Celles se pourvoient en révision contre ces arrêts, mais inutilement: par arrêts des 30 mars 1789 et 10 septembre 1790, il est dit *qu'erreur n'y est intervenue.*

En conséquence, par acte du 24 décembre 1790, tous les biens fidéicommissés par Gottignies père, sont détachés de la succession du fils, et partagés entre les trois branches des descendans de Guillaume-Louis Devisscher-Celles.

Les choses en cet état, la dame Vandernoot-Duras forme contre les quatre héritiers universels une demande en délivrance de son Legs de 35,000 florins. — Les quatre héritiers universels lui répondent qu'elle a eu à choisir entre le Legs qui lui avait été laissé par Gottignies fils, et les droits qu'elle tenait personnellement du testament de Gottignies père; qu'ayant réclamé et obtenu ceux-ci, elle ne peut plus obtenir ceux-là.

Les cinq autres légataires demandent également leurs Legs respectifs de 30,000 et de 20,000 florins: on leur oppose la même défense.

Le 24 janvier 1794, le conseil souverain de Brabant statue par deux arrêts séparés sur ces deux demandes; et il les déclare toutes deux *non recevables et non fondées.*

Le 21 février suivant, la dame Vandernoot-Duras *proteste de révision* contre le premier de ces arrêts; et le 12 avril de la même année, une protestation semblable est faite contre le second par les cinq autres légataires.

De là, deux demandes en révision, qui, converties en appel par l'arrêté des représentans du peuple dans la Belgique, du 3 vendémiaire an 4, sont portées, après plusieurs procédures dont il est inutile de rendre compte, l'une devant le tribunal civil du département de l'Escaut, l'autre devant la cour d'appel de Bruxelles.

Sur la première, intentée par la dame Vandernoot-Duras, il intervient, le 5 ventose an 8, un jugement en dernier ressort qui infirme le premier arrêt du 21 janvier 1794, et condamne les quatre héritiers universels à payer à la dame Vandernoot-Duras le Legs de 35,000 florins qui lui est assigné par le testament de Gottignies fils. — Les motifs de ce jugement sont que le Legs de 35,000 florins n'a pas été laissé à la dame Vandernoot-Duras pour lui tenir lieu de part dans les biens auxquels elle était appelée à titre de substitution, mais par pure libéralité et dans la seule vue de prouver à la légataire combien son mariage avait été agréable au testateur; qu'ainsi, la légataire ne s'est pas privée, en prenant sa part dans les biens substitués, du droit d'en faire la demande; que d'ailleurs, on ne peut pas dire qu'en prenant sa part dans les biens substitués, elle ait agi contre la volonté du testateur et par suite encouru la déchéance de son Legs; qu'en effet, le testateur a lui-même annoncé par le préambule de ses dernières dispositions, qu'il se regardait comme autorisé par son père à disposer comme il lui plairait de tous les biens substitués, pourvu qu'il le fît en faveur d'un ou de quelques uns des descendans quelconques de Guillaume-Louis Devisscher-Celles; que c'était, sans doute, une erreur de sa part; mais que cette erreur-là même a rendu sa volonté nulle et inefficace; et que par conséquent la légataire ne s'est pas mise en opposition avec la volonté du testateur, lorsqu'elle a fait valoir ses droits sur les biens substitués.

Les quatre héritiers universels se pourvoient en cassation contre ce jugement. Mais par arrêt du 11 thermidor an 9, rendu au rapport de M. Cassaigne, leur requête est rejetée, *attendu que ce jugement n'a contrevenu à aucune loi.*

Quant à la seconde demande en révision, les héritiers universels représentent d'abord qu'elle est irrégulièrement formée par l'un des cinq légataires, Devisscher-d'Hoves, représenté par le mineur Ferdinand Devisscher, procédant sous l'auto-

Source : BIU Cujas

rité de la dame Barret, sa mère et tutrice ; et sur cette observation, celle-ci se désiste de l'instance, sauf à se pourvoir de nouveau comme elle avisera.

La cause se plaide donc entre les autres légataires et les héritiers universels. Et le 2 fructidor an 12, — « Considérant qu'il résulte du proëme (préambule) du testament dont il s'agit, que Lancelot-Ignace-Joseph Gottignies a été persuadé qu'il pouvait disposer selon sa volonté, entre les descendans de Guillaume-Louis Devisscher, des biens auxquels ils étaient substitués par le testament de son père, c'est-à-dire, qu'il pouvait laisser tous ces biens aux uns et rien aux autres de ces descendans, et que c'est par suite de cette opinion, qu'il les laisse tous aux intimés, à l'exclusion des appelans; — Que ledit Gottignies fils n'a dit nulle part dans son testament, qu'il laissait les Legs dont s'agit aux appelans, en remplacement de la part qui aurait pu leur compéter dans lesdits biens substitués; qu'il s'est servi au contraire d'une énonciation pure et simple; qu'il a dit *qu'il donnait et léguait ;* — Que, lorsqu'un testateur s'est servi de termes clairs et précis pour exprimer sa volonté, on ne peut recourir aux conjectures pour interpréter cette volonté, d'après la loi 25, §. 1. D. *de legatis* 3°, qui porte : *cùm in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio ;* — Qu'on peut d'autant moins supposer que les legs dont il s'agit, ont été laissés par le testateur aux descendans de Guillaume Devisscher, en compensation des biens qui, à sa mort, leur échéaient dans la succession de Gottignies père, qu'on voit que les motifs des différens Legs qu'il ordonne, sont des motifs d'affection envers les légataires, qui n'ont point de rapport avec la substitution, et qu'on voit que d'autres substitués n'ont été gratifiés d'aucuns legs; — Qu'il résulte du proëme pré-rappelé du testament de Gottignies fils, qu'il croyait avoir la libre disposition des biens substitués par le testament de son père, *employant*, y dit-il, *la faculté qui nous est conférée par le testament de notre très honoré père, de pouvoir disposer selon notre volonté, entre les descendans de Guillaume-Louis Devisscher, baron de Celles;*—Que c'est par l'effet de cette erreur, qu'il a disposé de ces biens en faveur des intimés; — Que, où il y a erreur, il n'y a pas de volonté; qu'ainsi, la disposition de Gottignies fils en faveur des intimés, est nulle, faute de volonté; et que sous ce rapport, elle doit être considérée comme non avenue; qu'ainsi, les appelans, en revendiquant les biens dont le testateur avait disposé par erreur, n'ont pas combattu sa volonté, ni improuvé pour le surplus ses dispositions de manière à s'être rendus indignes de ses libéralités ; — Par ces motifs, la cour (d'appel de Bruxelles, 1ere section), dit mal avoir été jugé par la sentence du conseil de Brabant, du 24 janvier 1794, bien et avec griefs appelé; émendant et faisant ce que le juge *à quo* aurait dû faire, condamne les intimés à payer aux appelans les Legs à eux respectivement laissés par le testament de feu Lancelot-Ignace Gottignies, en date du 5 juin 1783, avec les intérêts des sommes léguées, depuis la demeure judiciaire, à raison de cinq pour cent, sauf la déduction de la quarte falcidie, s'il y a lieu ».

A la vue de cet arrêt, et comptant sur un succès semblable, la dame Barret, tutrice du mineur Ferdinand Devisscher, met en règle sa demande en révision, et la cause est porté devant la 3e section de la même cour. Mais par arrêt du 18 janvier 1806, — « Attendu que Gottignies fils a reconnu dans le préambule de son testament, l'obligation qui lui était imposée dans le testament de feu son père, de distribuer entre les descendans de Guillaume-Louis Devisscher, les biens compris dans la substitution, et manifesté la volonté de s'y conformer; — Attendu que les dispositions du testateur doivent être prises dans le sens du principe dont il est parti, à moins qu'il n'ait formellement exprimé le contraire; — Attendu que le Legs de 20,000 florins fait à Ferdinand Devisscher-d'Hoves, avec l'expression, *je donne et lègue*, est en parfaite harmonie, dans la pensée du testateur, avec la déclaration qu'il avait faite, en commençant l'acte de ses dernières volontés, en ce sens qu'il avait cru que, comme dispensateur des dispositions de son père, il pouvait, non seulement distribuer en portions inégales entre les descendans de Guillaume-Louis Devisscher, mais même exclure ceux de cette descendance qu'il ne jugerait pas à propos d'appeler au partage; d'où il suit que ceux qu'il appelait, étaient réellement gratifiés, puisqu'ils étaient préférés à d'autres de la même descendance, qui ont été préférés; — Attendu que de l'arrêt du conseil de Brabant, du 29 février 1788, confirmé en grande révision, il résulte seulement que le testateur se serait mépris sur l'étendue de son pouvoir, c'est-à-dire, qu'il y eût eu de sa part erreur d'opinion; mais qu'il n'en résulte nullement qu'il y a eu erreur de volonté; deux choses essentiellement distinctes, et dont la confusion fait toute la base des prétentions de l'appelante; — Qu'ainsi, en nommant Ferdinand Devisscher-d'Hoves son légataire d'une somme de 20,000 florins, il a entendu et voulu disposer dans la vue et en acquit de la susbtitution; — Attendu que Ferdinand Devisscher-d'Hoves, ayant demandé et obtenu une part absolue dans les biens substitués, il a réellement impugné la volonté du testateur, en préférant la chose à la somme qui lui avait été léguée pour lui en tenir lieu, et s'est par-là privé du droit de réclamer les dispositions contenues en sa faveur dans le testament de Gottignies fils; ce qui s'applique à l'appelante, exerçant les droits dudit d'Hoves; — Par ces motifs, la cour met l'appellation au néant, avec amende et dépens ».

Avant que cet arrêt fût rendu, et dès le 18 pluviose an 13, les héritiers universels avaient pris contre le premier la voie du recours en cassation.

« L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 2 fructidor an 12 (ai-je dit à l'audience de la sec-

Source : BIU Cujas

tion civile), vous est dénoncé comme irrégulier dans la forme et comme violant au fond plusieurs lois.....

» Au fond, il s'agit principalement, et peut-être s'agira-t-il uniquement, de savoir si la cour d'appel a violé quelque loi, en jugeant que les Legs assignés aux sieurs Debrunchoven et consorts par le testament de Gottignies fils, leur étaient dus concurremment avec la part qu'ils avaient prise dans les biens substitués dont ce testament les excluait.

» Cette question se divise en trois branches; et d'abord, la cour d'appel a-t-elle violé les lois qui commandent un respect irréfragable à l'autorité de la chose jugée? Ensuite, a-t-elle violé ce que les demandeurs appellent *la loi du testament?* Enfin, a-t-elle violé les différentes lois romaines dont les demandeurs invoquent les textes?

» Sur le premier point, il ne faut qu'un mot: c'est que les arrêts du conseil de Brabant des 21 avril 1787, 6 mars 1788, 30 mars 1789 et 10 septembre 1790, sont absolument muets sur la question de savoir si les sieurs Debrouchoven et consorts peuvent cumuler leurs Legs avec la distraction des biens fidéicommissés à leur profit par le père du testateur.

» Sur le second point, il y aurait beaucoup de choses à dire contre l'arrêt attaqué, si l'on pouvait ici le réviser dans ses élémens, et si le mal jugé, en cette matière, formait une ouverture de cassation.

» Mais en fait d'interprétation de testament, la loi ouvre aux magistrats une carrière très vaste: elle remet elle-même à leur conscience le jugement de toutes les questions de volonté qui tiennent à cette interprétation et qu'elle n'a pas decidées textuellement: *Voluntatis quæstio in æstimatione judicis est*, dit la loi 7, C. *de fideicommissis;* et de là il suit nécessairement que si la cour d'appel a mal jugé, en interprétant comme elle l'a fait, le testament de Gottignies fils, elle a pu, du moins, ne contrevenir en cette partie à aucune disposition législative; et que s'il n'existe en effet aucune disposition législative qui condamne l'interprétation qu'elle a donnée au testament de Gottignies fils, son arrêt doit être maintenu.

» C'est donc dans le troisième point que réside toute la difficulté; et à cet égard, deux questions se présentent: l'une, si parmi les lois romaines dont les demandeurs se prévalent, il y en a quelqu'une qui proscrive l'interprétation donnée au testament de Gottignies fils, par la cour d'appel de Bruxelles; l'autre, si le droit romain fait tellement loi à Bruxelles, dans les contestations qui dérivent d'actes antérieurs au Code Napoléon, qu'il nécessite la cassation des jugemens en dernier resort auxquels ses dispositions sont contraires.

» Pour parvenir à nous fixer sur la première question, nous croyons ne pouvoir rien faire de mieux que de parcourir successivement toutes les lois romaines qui ont été invoquées devant vous, peser les conséquences que les demandeurs en tirent, et les comparer avec l'espèce sur laquelle il s'agit de prononcer.

» Les demandeurs vous citent d'abord les lois relatives à la plainte d'inofficiosité, c'est-à-dire, à l'action que le droit romain donnait au fils illégalement déshérité pour faire annuller le testament de son père; et voici ce que portent ces lois.

» La loi 10, §. 1, D. *de inofficioso testamento*, veut que si l'on a reçu un Legs en vertu d'un testament, on ne soit plus admis à intenter contre ce testament la plainte d'inofficiosité: *illud notissimum est eum qui legatum perceperit, non rectè de inofficioso testamento dicturum:* elle n'en excepte que le cas où l'on a touché le Legs pour le remettre en entier à un autre: *nisi id totum alii administravit.*

» La loi 12 du même titre décide que, pour exclure le fils exhérédé de la plainte d'inofficiosité, il importe peu que le Legs qu'il a reçu, lui ait été fait à lui-même, ou qu'il l'ait été, soit à l'enfant qu'il a sous sa puissance, soit à son esclave; et que dans l'un et l'autre cas, il doit être déclaré non-recevable: *nihil interest sibi relictum legatum filius exheredatus adgnoverit, an filio servove relictum consecutus sit; utrobique enim præscriptione summovebitur.*

» Le §. 1 de la même loi ajoute que si le fils déshérité a commencé, contre un esclave affranchi par le testament de son père sous la condition de lui donner une certaine somme d'argent, des poursuites tendantes au paiement de cette somme, il est censé avoir par-là approuvé ce testament: *Si à statulibero exheredatus pecuniam petere cœperit, videri adgnovisse parentis judicium.*

» La loi 32 du même titre dit encore qu'on doit déclarer non-recevable dans la plainte d'inofficiosité, le fils exhérédé qui a défendu comme avocat, ou a représenté comme procureur, un étranger poursuivant la délivrance du Legs que lui avait laissé son père: *Si exheredatus petenti legatum ex testamento advocationem præbuit, procurationemve susceperit, removetur ab accusatione: agnovisse enim videtur qui qualequale judicium defuncti comprobavit.*

» La loi 8, §. 1 du même titre, au Code, déclare que la plainte d'inofficiosité ne doit plus être reçue de la part du fils qui, étant majeur, a satisfait, pour la part qui lui a été laissée, quoique inférieure à celle qui lui était due, aux dettes de la succession de son père; parcequ'il ne peut pas revenir contre la volonté à laquelle il a donné son approbation: *Qui autem agnovit judicium defuncti, eò quòd debitum paternum pro hereditariâ parte persolvit, vel alio modo legitimo satisfecit; etiamsi minùs quàm ei debebatur, relictum est: si is major 25 annis est, accusare ut inofficiosam voluntatem patris quam probavit, non potest.*

Source : BIU Cujas

» De ces cinq textes les demandeurs infèrent qu'il y a incompatibilité entre l'action qui tend à faire annuller un testament, et l'action qui tend à en faire exécuter une disposition quelconque ; qu'ainsi, en exerçant la première, on renonce nécessairement à la seconde ; que dès-là, les sieurs Debrouchoven et consorts, en faisant annuller la partie du testament de Gottignies fils qui les privait de leurs parts dans les biens substitués, avaient nécessairement renoncé aux Legs qui étaient écrits en leur faveur dans ce même testament ; et que par conséquent, la cour d'appel de Bruxelles a violé ouvertement le principe consacré par ces cinq textes.

» Mais en raisonnant ainsi, ne donne-t-on pas à ces cinq textes une extension contraire à leur esprit ? Sur quoi ces cinq textes sont-ils fondés ? Uniquement sur l'injure que fait à la mémoire de son père, le fils qui intente contre son testament la plainte d'inofficiosité. Car l'objet de la plainte d'inofficiosité est de faire déclarer par le juge, que le père était dans une sorte de démence, lorsqu'il a exhérédé son fils. *Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanæ mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent.* Ce sont les termes de la loi 2, D. *de inofficioso testamento.* La loi 5 du même titre dit encore : *isque illo colore defenditur apud judicem, ut videatur ille quasi non sanæ mentis fuisse, cùm testamentum iniquè ordinaret.* Et sur ce fondement, la loi 36, D. *de legatis* 3°, décide que les fidéicommis particuliers laissés ab intestat par un père dont le testament a été jugé inofficieux, ne sont pas dus ; parcequ'en déclarant son testament inofficieux, on l'a considéré lui-même comme frappé de fureur, et incapable, non seulement de tester, mais encore de faire aucune disposition de dernière volonté : *Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo cujus de inofficioso testamento constitisset : quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse ; ideòque nec aliud quid pertinens ad suprema ejus judicia valet.* — Que signifient donc les cinq textes cités par les demandeurs ? Une seule chose : c'est que le fils ayant reconnu son père pour sain d'esprit, en recevant un Legs ou en exécutant une disposition quelconque de son testament, ne peut plus l'accuser de démence et de fureur : principe aussi juste que moral, mais qui évidemment ne peut recevoir ici aucune application.

» Après les lois sur la plainte d'inofficiosité, les demandeurs invoquent celles qui concernent ce qu'on appelait dans l'ancien droit romain, *bonorum possessio contra tabulas*, ou en d'autres termes, l'action que les fils émancipés et exclus comme tels de la plainte d'inofficiosité, obtenaient du préteur, à l'effet d'être mis en possession de l'hérédité de leur père qui les avait passés sous silence dans son testament.

» La loi 5, §. 2, D. *de legatis præstandis contra tabulas bonorum possessione petitâ*, porte que le fils émancipé à qui son père a laissé un Legs sans l'instituer héritier, ne peut pas obtenir à la fois ce Legs et l'envoi en possession de l'hérédité paternelle ; qu'il doit opter entre l'un et l'autre ; et que par le choix qu'il fait de celui-ci, il renonce à celui-là : *constituere apud se debet utrùm contra tabulas bonorum possessionem petat, an verò legatum persequatur : si elegerit contra tabulas, non habebit legatum. Si legatum elegerit, eo jure utimur ne petat bonorum possessionem contra tabulas.*

» Le §. 4 de la même loi dit qu'on refuse à celui qui a obtenu la possession des biens *contra tabulas*, non seulement le Legs que lui a fait le testateur, mais encore tout ce qui peut lui être dû par la volonté de celui-ci : *non solùm autem legatum denegatur ei qui bonorum possessionem accepit, verùm etiam si quid aliud ex voluntate accepit.* Et c'est pourquoi, continue le même §., si l'enfant qui a obtenu la possession des biens *contra tabulas*, avait été substitué pupilliairement à son frère, il ne pourrait pas lui succéder, en cas de mort avant l'âge de puberté : *cui consequens est quod Julianus scripsit, si fratri suo impuberi substitutus sit, acceperitque contra tabulas bonorum possessionem, denegari ei persecutionem bonorum hereditatis fratris impuberis mortui, cui à patre substitutus est.*

» La loi 30, D. *de minoribus*, confirme ces décisions par la fin de non recevoir dont elle frappe, par l'effet de l'acceptation d'un Legs en majorité, la demande en relief, pour cause de minorité, du défaut d'avoir obtenu dans le délai fatal la possession des biens contre le testament paternel : *Si filius emancipatus, contra tabulas non acceptâ bonorum possessione, post inchoatam restitutionis quæstionem, legatum ex testamento patris major 25 annis petiisset, liti renunciare videtur ; cùm etsi bonorum possessionis tempus largiretur, electo judicio defuncti, repudiatum beneficium prætoris existimaretur.*

» Toutes ces décisons sont parfaitement d'accord avec celles que contiennent, sur les mêmes points, les lois relatives à la plainte d'inofficiosité, et cela n'est pas étonnant : la demande en possession des biens *contra tabulas*, n'est, dans l'ancien droit romain, qu'une plainte d'inofficiosité exercée sous un nom moins odieux, par un fils émancipé contre le testament de son père ; elle doit donc être sujette, dans la personne du fils émancipé, aux mêmes exceptions et aux mêmes résultats, que la plainte d'inofficiosité elle-même. Mais par la même raison, les règles qui la concernent, doivent être aussi étrangères à notre objet, que le sont celles qu'on trouve dans le Digeste et dans le Code, sous les titres *de inofficioso testamento.*

» Les demandeurs réclament ensuite la loi 43, D. *de hereditatis petitione ;* et nous devons remarquer avec Furgole (*Traité des Testamens*, ch. 6, sect. 3, n. 130 et suivans), que cette loi contient trois décisions différentes.

Source : BIU Cujas

» Elle décide d'abord (ce sont les termes de Furgole), « que lorsque celui qui a reçu le Legs fait dans un testament, demande le délaissement de l'hérédité, il ne doit pas être écouté, à moins qu'il ne rende le Legs qu'il a reçu » : *postquàm Legatum à te accepi, hereditatem peto. Atilicinus quibusdam placuisse ait, non aliter mihi adversùs te dandam petitionem, quàm si Legatum redderem.* — Elle ajoute (dit encore Furgole) « que le légataire obligé de rendre le Legs, peut demander, de son côté, que le possesseur de l'hérédité lui baille caution de restituer le Legs, si le demandeur de l'hérédité vient à succomber, n'étant pas juste que le possesseur retienne le Legs après qu'il a été maintenu en l'hérédité, sur-tout si le demandeur n'a pas agi par un esprit de vexation, par supercherie, mais seulement par erreur » : *Videamus tamen ne non aliter petitor hereditatis Legatum restituere debeat, quàm ut ei caveatur, si contra eum de hereditate judicatum fuerit, reddi ei Legatum ; cùm sit iniquum eo casu possessorem hereditatis Legatum quod solverit, retinere ; et maximè si non per calumniam, sed per errorem hereditatem petierit adversarius ; idque et Lælius probat.* — Enfin (c'est toujours Furgole qui parle), « elle annonce que l'empereur Antonin a déclaré par un rescrit, que la demande de l'hérédité devait être refusée avec connaissance de cause, à celui qui avait reçu le Legs, c'est-à-dire, si son droit était visiblement mal fondé, si sa demande n'était formée que pour vexer, et si elle ne portait que sur une mauvaise subtilité » : *imperator autem Antoninus rescripsit ei qui Legatum ex testamento abstulisset, causâ cognitâ hereditatis petitionem negandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit.*

» Telles sont les trois décisions de la loi dont il s'agit ; et l'on voit, du premier coup-d'œil, qu'elles ne peuvent recevoir ici aucune application. Elles portent toutes trois sur le cas où, d'une part, l'héritier institué est chargé d'un Legs à prendre sur ses propres fonds, et, de l'autre, le légataire est en même temps héritier *ab intestat ;* et, de toutes trois, il résulte que, dans cette double hypothèse, l'héritier *ab intestat* ne peut pas à la fois garder le Legs que l'héritier institué lui a payé de ses propres fonds, et en faisant déclarer l'institution nulle, obtenir le délaissement de l'hérédité entière. — Mais dans notre espèce, quelles sont les qualités des parties ? Les sieurs Debrouchoven et consorts sont bien légataires de Gottignies fils ; mais, de quoi le sont-ils ? de sommes à prendre sur la succession du testateur, et non de sommes à puiser dans la bourse personnelle des héritiers institués. Ce n'est pas d'ailleurs comme héritiers *ab intestat*, que les sieurs Debrouchoven et consorts ont demandé et obtenu leur part dans les biens substitués que Gottignies fils avait laissés dans sa succession ; ils ne l'ont demandée et obtenue que comme fidéicommissaires particuliers, appelés par le testament de Gottignies père. — Enfin, et c'est ici le nœud de la question, les sieurs Debrouchoven et consorts n'ont pas évincé les demandeurs de la totalité de la succession de Gottignies fils, ils ont seulement fait condamner les demandeurs à leur abandonner une portion de biens substitués qui, de droit, se détachait de cette succession, et conséquemment ne lui appartenait pas. On ne peut donc pas leur appliquer le motif pour lequel la loi citée oblige l'héritier *ab intestat* de rendre à l'héritier institué qu'il évince, le Legs qu'il en a reçu.

» Les demandeurs invoquent encore la loi 16, §. 1, C. *de testamentis*, qui assujettit à l'accomplissement de toutes les dispositions même irrégulières ou illégales du testateur, l'héritier, soit institué, soit *ab intestat*, qui les a reconnues et approuvées de son propre mouvement : *Illud etiam adjiciendum est, ut qui ex testamento vel ab intestato heres extiterit, etsi voluntas defuncti circa Legata, seu fideicommissa, seu libertates, legibus subnixa non sit, tamen si suâ sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat.* — Mais, encore une fois, les sieurs Debrouchoven et consorts n'ont agi dans cette affaire, ni comme héritiers *ab intestat*, ni comme héritiers institués : cette loi ne leur est donc pas littéralement applicable ; et, dès-là, quoiqu'on puisse dire qu'en demandant leurs Legs, ils ont approuvé le testament de Gottignies fils, après l'avoir précédemment impugné en demandant leur part dans les biens substitués, on ne peut cependant pas dire qu'ils se soient, par cette approbation, placés textuellement dans la position contradictoire que condamne cette loi.

» Mais, si de toutes les lois que nous venons de passer en revue, il n'en est pas une seule que l'on puisse adapter à notre espèce, n'y en a-t-il pas d'autres qui s'élèvent formellement contre la conduite tenue dans cette affaire par les sieurs Debrouchoven et consorts ?

» Qu'ont demandé les sieurs Debrouchoven et consorts dans cette affaire ? deux choses : le délaissement des biens substitués à leur profit par le père du testateur et dont le testateur avait disposé à leur préjudice, et les Legs dont le testateur lui-même les avait gratifiés. Or, pouvaient-ils exiger ces deux choses successivement ?

» Il est certain que s'ils avaient commencé par demander leurs Legs et se les faire payer, ils auraient été non recevables à critiquer la disposition que le testateur avait faite de leur part dans les biens substitués. C'est un principe universellement reconnu, que le légataire qui accepte son Legs, se met, par cela seul, dans l'impossibilité de réclamer utilement contre les dispositions du testateur qui, sans blesser le droit public ni les bonnes mœurs, portent atteinte à ses droits personnels ; et ce principe est consacré par les textes les plus précis du droit romain.

» Ainsi, quand un testateur a dit : « Je lègue à Pierre 1000 écus ; et je lègue à Paul telle maison qui appartient à Pierre » ; — Si Pierre reçoit les

Source : BIU Cujas

1000 écus qui lui ont été légués, il ne pourra, sous aucun prétexte, se dispenser de donner sa maison à Paul. En vain même prétendrait-il que sa maison vaut plus de 1000 écus; en vain, d'après cela, voudrait-il, pour conserver sa maison, rendre à Paul les 1000 écus qui lui ont été comptés par l'héritier du testateur; on ne l'écouterait pas : *Enim verò si, pecuniâ acceptâ, rogatus sit rem propriam, quanquam majoris pretii est, restituere, non est audiendus legatarius, Legato percepto, si velit computare : non enim æquitas hoc probare patitur, si quod Legatorum nomine perceperit legatarius, offerat* : ce sont les termes de la loi 70, §. 1, D. *de legatis* 2°.

» Il y a pourtant une exception à cette règle : mais elle est restreinte au cas où le Legs fait à la charge de donner sa propre chose qui vaut plus que la somme léguée, a été recueilli par un mineur; et la loi qui établit cette exception, déclare expressément que le légataire majeur à qui une pareille charge a été imposée, n'a que l'option entre son Legs et la conservation de sa chose; qu'il peut bien conserver sa chose en répudiant son Legs; mais qu'en acceptant son Legs, il contracte irrévocablement l'obligation d'abandonner sa chose. *Si minor viginti quinque annis* (dit la loi 33, *de minoribus*, au Digeste), *servum suum qui pluris quàm in testamento ei legatum sit, manumittere rogatus fuerit, et Legatum acceperit: non cogendum præstare libertatem, si Legatum reddere paratus sit, Julianus respondit : ut quemadmodum majoribus liberum sit non accipere, si nolint manumittere, sic huic reddenti Legatum necessitas manumittendi remittatur.*

» Aussi le premier chapitre de la première novelle décide-t-il, dans les termes les plus généraux et les plus absolus, que le simple légataire doit, comme le fidéicommissaire particulier, comme le fidéicommissaire universel, comme l'héritier institué, respecter et exécuter toutes les dispositions du testateur de qui il a reçu une libéralité quelconque, pourvu qu'elles ne soient ni contraires aux bonnes mœurs, ni prohibées par la loi : *Sancimus eos qui ab aliquibus scripti sunt heredes, aut meruerunt fideicommissa per universitatem forsan aut per speciem*, AUT LEGATUM, *necessitatem habere, quæcumque testator aut honorans eos disposuerit, omnimodo ea complere, si quod præcipitur legitimum sit, aut si non illud aliqua lex prohibeat.* Et pour ne laisser aucun doute sur l'applicabilité de cette loi aux légataires, qui, dans le fait, y sont assez clairement désignés par les mots, *meruerunt fideicommissa..... aut Legatum*, Justinien a encore soin d'y revenir dans le §. 4 du même chapitre : tout ce que nous venons de prescrire, dit-il, devant avoir lieu, *his omnibus obtinentibus*, quoique ce ne soit pas à son héritier, mais à son légataire, ou à son fidéicommissaire, ou à son donataire à cause de mort, que le testateur a imposé la charge de donner ou faire quelque chose au profit d'un tiers : *Licet non ab herede, sed* A LEGATARIO, *aut fideicommissario, aut mortis causâ percipiente, dari aliquid aut fieri testator voluerit.*

» Objectera-t-on que cette novelle et les deux lois citées du Digeste, dont elle retrace les décisions, ne portent que sur le cas où le testateur a grevé directement le légataire, de la disposition à l'accomplissement de laquelle celui-ci se refuse; que, dans notre espèce, il n'y a, de la part de Gottignies fils, aucun ordre donné, aucune prière adressée aux sieurs Debrouchoven et consorts, d'abandonner aux héritiers universels qu'il institue, les parts qu'ils peuvent prétendre dans les biens substitués par son père; qu'ainsi, on ne peut pas regarder les Legs dont il les gratifie, comme grevés de la charge de cet abandon; et que conséquemment les textes dont il s'agit, ne sont pas applicables à ces Legs?

» Nous répondrons que le fait et le droit concourent également ici à écarter cette objection.

» Dans le fait, le testateur a mis dans son testament tout ce qu'il fallait pour équipoller à l'ordre qu'il aurait pu donner, à la prière qu'il aurait pu adresser directement aux sieurs Debrouchoven et consorts, d'abandonner à ses héritiers institués, les parts qu'ils avaient à prétendre dans les biens grevés de substitution; et en effet, il y a dit en termes exprès : *Nous déclarons ceci être notre ordonnance de dernière volonté, que nous voulons valoir en la meilleure forme et manière qu'elle pourra subsister;* et dans l'acte notarié du lendemain, par lequel il a reconnu authentiquement, pour son propre ouvrage, le testament qu'il avait fait la veille en forme olographe, il a encore dit : *Voulant et ordonnant qu'il sorte son plein et entier effet, soit par forme de testament, codicille, donation à cause de mort et disposition de dernière volonté, ou autrement en la meilleure forme que faire se pourra;* déclaration qui constitue bien clairement ce qu'on appelle en droit la *clause codicillaire*, c'est-à-dire, la clause par laquelle le testateur est censé prier ceux au préjudice desquels il dispose, et au besoin leur ordonner, d'exécuter comme fidéicommis les dispositions qu'il fait en faveur d'autres personnes.

» Dans le droit, il n'est pas vrai que les deux lois du Digeste et la Novelle dont nous venons de rappeler les expressions, soient restreintes au cas où le testateur, en disposant des propres biens de son légataire, lui a expressément imposé la charge d'exécuter sa disposition. Elles décident, au contraire, simplement et en général, que le légataire des biens duquel le testateur a disposé, doit, après avoir reçu son Legs, abandonner ses biens à la personne à qui le testament les défère : elles n'exigent point pour cela que la charge de les abandonner soit littéralement écrite dans le testament; et comment pourraient-elles faire dépendre d'une pareille clause, le sort de la disposition faite par le testateur des biens du légataire? Une clause de cette nature est nécessairement sous-entendue

Source : BIU Cujas

dans un testament qui contient à la fois et la disposition d'un bien qui n'appartient pas au testateur, et un Legs au profit du propriétaire de ce bien. Il est évident que le testateur, en honorant d'un Legs le propriétaire du bien dont il dispose, entend le mettre dans l'alternative, ou d'exécuter la disposition qu'il fait de son bien, ou de renoncer au Legs dont il l'honore. Les lois et la Novelle citées seraient souverainement ridicules, si elles disaient autre chose; mais la vérité est qu'elles ne disent que cela. — Il peut bien y avoir là-dessus quelque équivoque dans la loi 70, §. 1, *de legatis* 1°, qui dit : *Si, pecuniâ acceptâ, rogatus sit rem propriam restituere;* ces termes peuvent bien signifier : « Au moyen de telle somme que je vous lègue, je vous prie de donner à un tel telle chose qui vous appartient »; — Mais la loi 33, *de minoribus*, s'exprime d'une manière qui embrasse à la fois et le cas où le testateur a fait du Legs du bien du légataire, la condition du Legs dont il a gratifié celui-ci, et le cas où le testateur s'est contenté purement et simplement de léguer telle chose qui lui appartient, à Paul, et de léguer à Pierre telle chose qui appartient à Paul lui-même : *Si minor viginti quinque annis servum suum qui pluris quàm in testamento ei legatum sit, manumittere rogatus fuerit;* — Mais la Novelle 1re veut, dans les termes les plus absolus, que les légataires accomplissent toutes les volontés du testateur qui les a honorés de ses bienfaits : *necessitatem habere quæcumque testator aut honorans eos disposuerit, omnimodo ea complere;* — Mais ces lois et cette Novelle ne sont que la conséquence immédiate et l'application directe d'un grand principe de droit que nous trouvons consigné dans la loi 149, D. *de regulis juris*, savoir, que l'on ne peut pas diviser les dispositions simultanées d'une même personne, accepter celles qui sont favorables, et rejeter celles qui sont onéreuses : *Ex quâ personâ quis lucrum capit, ejus factum præstare tenetur;* — Elles ne sont que la conséquence immédiate et l'application directe de cet autre principe, non moins conforme au bon sens et à l'équité naturelle, que l'on ne peut pas jouir des profits sans supporter les charges, et qu'en acceptant les uns on se soumet nécessairement aux autres : *Qui sentit commodum, sentire debet onus.*

» Nous avions donc bien raison de dire que si les sieurs Debrouchoven et consorts avaient commencé par se faire payer leurs Legs, ils n'auraient plus été recevables à s'élever contre la partie du testament qui disposait, à leur préjudice, de tous les biens substitués par Gottignies père. Mais cela posé, comment ont-ils pu, après avoir fait annuller cette partie du testament, obtenir la délivrance de leurs Legs? comment la cour d'appel de Bruxelles a-t-elle pu ne pas leur dire : « Vous aviez l'option entre vos Legs et votre part dans les biens substitués; vous avez demandé, vous avez obtenu votre part dans les biens substitués; il n'y a donc plus pour vous de Legs à réclamer : vous avez consommé votre choix; vous ne pouvez plus varier »? — Et n'a-t-il pas toujours été de principe qu'un majeur ne peut plus revenir sur une option qu'il a faite volontairement?

» Prétendra-t-on du moins qu'en jugeant ainsi, la cour d'appel de Bruxelles ne s'est écartée d'aucune loi expresse?

» Mais quoi! y a-t-il des lois plus expresses que celles qui interdisent aux majeurs toute variation en matière de choix? cette interdiction n'est-elle pas écrite dans toutes les lois romaines qui s'occupent notamment de dispositions testamentaires? n'est-elle pas consignée en toutes lettres dans la loi 5 et dans la loi 84, §. 8 et 9, D. *de legatis* 1°, dans la loi 11, D. *de legatis* 2°, dans la loi 20, D *de optione vel electione legatâ?*

» Ne sait-on pas d'ailleurs que les lois romaines déclarent formellement indigne des bienfaits d'un testateur, le légataire qui s'est refusé à l'accomplissement de ses volontés? *Cur enim* (dit la loi 55, §. 3. D. *ad senatus-consultum Trebellianum*), *non videretur indignus, ut qui destituit supremas defuncti preces, consequatur aliquid ex voluntate?* — Le chapitre premier de la première Novelle n'est pas moins positif là-dessus. Après avoir, comme nous le disions il n'y a qu'un instant, établi que les héritiers et les légataires ne peuvent se dispenser d'accomplir toutes les dispositions du testateur de qui ils tiennent leurs institutions ou leurs Legs; après avoir, par-là, décidé que les sieurs Debrouchoven et consorts n'auraient pas été recevables, s'ils avaient commencé par accepter et recevoir leurs Legs, à demander leur portion dans les biens substitués dont Gottignies fils les avait entièrement exclus; Justinien prévoit le cas où les dispositions du testateur demeureraient sans exécution, soit de la part des héritiers institués, soit de la part des légataires qui en étaient chargés. — Et d'abord il déclare que l'héritier institué doit être privé de l'hérédité, si, averti juridiquement, il laisse écouler une année sans se mettre en devoir d'obéir à la volonté du défunt, *si non implens quod dispositum est, sed dùm competat ei qui honoratus est, quod relictum ut, etiam ex decreto judicis admonitus, annum totum protraxerit, non agens hoc quod præceptum est.* — Il règle ensuite le sort de l'hérédité dont est ainsi privé l'héritier réfractaire; il la fait passer à ses co-institués; à leur défaut, à ceux que le défunt lui a substitués vulgairement; au défaut de ceux-ci, aux légataires et aux fidéicommissaires; et enfin, au défaut de tous, au fisc. — Puis, venant aux légataires, aux fidéicommissaires et aux donataires à cause de mort qui vont pareillement contre les dernières volontés de leur bienfaiteur, il veut qu'on leur applique tout ce qu'il vient d'ordonner contre l'héritier institué; qu'on les prive de leurs Legs, de leurs fidéicommis, de leurs donations; que ces Legs, ces fidéicommis, ces donations passent à ceux que le testateur a appelés à leur défaut; et qu'en cas que le testateur n'en

Source : BIU Cujas

ait point appelé, le fisc en recueille tout l'avantage : *His omnibus obtinentibus, licet non ab herede, sed à legatario aut fideicommissario aut mortis causâ præcipiente, dari aliquid aut fieri testator voluerit; eodem ordine in occasione* ABLATARUM RERUM *servando, et inchoando quidem à substitutis legatariis, terminante verò in fisco.*

» Nous savons bien que cette loi est tombée en désuétude relativement à celles de ses dispositions qui concernent les interêts du fisc, et que depuis long-temps le fisc ne profite plus des effets de l'indignité qu'encourt un légataire par sa résistance aux dernières volontés du testateur. Mais l'indignité elle-même n'en subsiste pas moins ; mais les effets qu'elle produisait dans le droit romain, n'en sont pas moins reconnus par notre jurisprudence ; mais il n'en est pas moins constant parmi nous, comme il l'était à Rome, que le légataire ne peut pas conserver ce que le testateur lui a légué, lorsqu'il ne fait pas ce que le testateur lui a ordonné, lorsqu'il fait ce que le testateur lui a défendu, lorsqu'il se met, d'une manière quelconque, en opposition avec l'intention formelle et bien prononcée du testateur.

» Or, dans notre espèce, qu'a voulu Gottignies fils par son testament, et qu'ont fait les sieurs Debrouchoven et consorts ? — Gottignies fils a voulu, il est vrai, par son testament, que les sieurs Debrouchoven et consorts reçussent les Legs dont il les gratifiait ; mais il a voulu en même temps qu'ils ne prissent rien dans les biens que son père avait grevés de fidéicommis en leur faveur. Et certes, sa volonté était indivisible, on ne pouvait pas la scinder, on ne pouvait pas en accepter la partie avantageuse, et la rejeter dans ce qu'elle avait d'onéreux. En un mot, les sieurs Debrouchoven et consorts avaient à choisir entre l'acceptation de leurs Legs et l'exercice des droits que leur donnait la substitution créée par Gottignies père. — Eh bien ! le choix qu'ils avaient à faire, ils l'ont fait : ils ont combattu, ils ont fait détruire la disposition du testateur qui les privait des biens substitués ; ils se sont donc rendus eux-mêmes indignes des Legs que le testateur leur avait laissés ; ils ne peuvent donc plus réclamer ces Legs ; ils en sont donc irrévocablement exclus ; la cour d'appel de Bruxelles a donc, en jugeant le contraire, violé la loi 55, §. 3, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, et le chap. 1 de la première novelle de Justinien.

» Mais, a dit la cour d'appel de Bruxelles, c'est par erreur que Gottignies fils a privé les sieurs Debrouchoven et consorts des biens substitués : il ne les en a privés que parcequ'il croyait erronément en tenir le pouvoir du testament de son père ; il n'a donc pas voulu les en priver réellement ; car *errantis nullus est consensus* ; on doit donc considérer son testament comme disposant au profit des sieurs Debrouchoven et consorts, non seulement des Legs qui y sont écrits, mais encore des biens auxquels ils étaient appelés par substitution ; les sieurs Debrouchoven et consorts peuvent donc réclamer à la fois, et ces biens et leurs Legs.

» Est-ce bien sérieusement, MM., que la cour d'appel de Bruxelles a consigné un pareil argument dans son arrêt ? Est-ce bien sérieusement qu'elle a dit que Gottignies fils avait donné aux sieurs Debrouchoven et consorts, ce qu'il leur avait expressément ôté ? Est-ce bien sérieusement qu'elle a présenté ces mots *donner* et *ôter*, comme synonymes dans l'intention de Gottignies fils ?

» Sans doute, il est des cas où, dans les testamens comme dans les conventions, l'erreur est, aux yeux de la loi, exclusive de la volonté ; et où, par suite, le testateur est, par la loi, réputé n'avoir pas voulu ce qu'il a écrit.

» Mais ces cas, quels sont-ils ? ce sont ceux où l'erreur est l'unique cause finale, non seulement de la disposition, mais encore de la volonté de disposer. — Ainsi, un testateur institue un particulier dont il se croit le père, et qu'il désigne comme son fils, *quasi filium suum*. On découvre après sa mort, la source de l'erreur qui lui faisait considérer comme son fils, une personne qui ne l'était pas ; et il s'agit de savoir si, nonobstant la preuve de cette erreur, l'institution doit subsister. La loi 5, C. *de testamentis*, et la loi 4, C. *de heredibus instituendis*, répondent que non ; parcequ'il n'est pas à présumer que le testateur eût voulu disposer comme il l'a fait, s'il ne se fût pas cru père de l'institué. — Androsthènes, par un premier testament, appelle à son hérédité Pactuméia sa nièce, fille de son frère. Quelque temps après, son frère vient à mourir, et le bruit se répand que sa nièce est morte en même temps. Frappé de cette nouvelle, il fait un second testament dans lequel il dit : « Parceque je n'ai pu avoir les héritiers auxquels j'avais destiné mes biens, j'institue Novius Rufus ». Après la mort du testateur, Pactuméia, sa nièce, reparaît et demande l'exécution du premier testament ; et la loi dernière, D. *de heredibus instituendis*, prononce en sa faveur, sur le fondement que, par les termes mêmes du second testament, il est prouvé que le testateur n'aurait pas institué Novius Rufus, s'il n'eût été trompé par la fausse nouvelle de la mort de sa nièce.

» Pourquoi, dans ces espèces, le testateur est-il censé n'avoir pas eu la volonté dont son testament renferme l'expression ? Ce n'est pas seulement parceque la cause finale de cette volonté se trouve fausse, c'est encore et c'est sur-tout parceque la cause finale de cette volonté est absolument seule, c'est parcequ'il est évident que s'il eût connu la fausseté de cette cause, il n'aurait pas eu cette volonté.

» En est-il de même dans notre espèce ? Il est aisé de sentir que non. A la vérité, le testateur annonce lui-même qu'il se croit investi par son père, de la faculté de donner tous les biens substitués à ceux des appelés à la substitution qu'il lui plaira de choisir. Mais ce n'est point dans cette opinion qu'est la cause finale de la disposition qu'il fait de

Source : BIU Cujas

tous ces biens au profit des enfans de Joseph-Albert-Ferdinand-Ghislain Devisscher-Celles ; la cause finale de cette disposition est dans son affection pour ceux-ci, elle est dans l'intention qu'il a de les avantager, elle est dans son dessein clairement manifesté de leur laisser l'universalité de ses biens. Et dans cette affection, dans cette intention, dans ce dessein, il n'entre point d'erreurs : tout y est vrai, tout y est réel. Il n'y a d'erreur que dans le moyen à employer pour accomplir ce dessein, pour exécuter cette intention, pour satisfaire cette affection ; ou, en d'autres termes, il n'y a d'erreur que dans l'opinion de l'existence d'un pouvoir qui n'existe pas, et sans lequel son affection ne peut pas être satisfaite, sans lequel son intention ne peut pas être remplie, sans lequel son dessein ne peut pas être exécuté, mais au défaut duquel son affection, son intention, son dessein restent toujours.

» Et ceci nous conduit nécessairement à dire que si la disposition faite par Gottignies fils, des biens substitués, a été déclarée nulle par les arrêts de 1787 et 1788, ce n'a pas été par défaut de volonté, mais par défaut de pouvoir : deux choses qu'il est aussi important que facile de bien distinguer, et que la cour d'appel de Bruxelles a cependant confondues.

» Est-il d'ailleurs jamais venu à la pensée d'un seul jurisconsulte, que la disposition testamentaire d'un bien indisponible fût nulle par défaut de volonté ? Et n'a-t-on pas, au contraire, toujours dit, en pareil cas, que le seul défaut de pouvoir annullait cette disposition ? N'a-t-on pas toujours dit du testateur qui avait ainsi disposé, *fecit quod non potuit ?*

» S'il en était autrement, qu'arriverait-il ? une chose absurde. Supposons par exemple, qu'un père, sous l'empire du Code Napoléon, lègue à un étranger une quotité de ses biens qui excède la portion disponible ; et que son fils approuve cette disposition. Si le légataire n'avait pas pour lui la volonté du testateur, si ce n'était pas en vertu de la volonté du testateur que la totalité de son Legs lui est déférée, à quel titre pourrait-il la conserver, et qu'aurait-il à répondre aux parens collatéraux du défunt qui viendraient réclamer l'excédant de la portion disponible, sous le prétexte que le testateur étant censé n'avoir pas disposé de cet excédant, cet excédant est resté dans la succession *ab intestat*, laquelle leur est dévolue par la renonciation du fils ? Ainsi, dans cette hypothèse, l'excédant de la quotité disponible n'appartiendrait pas au fils, parcequ'il y aurait renoncé ; il n'appartiendrait pas non plus au légataire, parceque le testateur serait considéré par la loi comme ne le lui ayant pas légué ; il appartiendrait nécessairement aux héritiers collatéraux ; disons plus, il appartiendrait nécessairement au fisc, si les héritiers collatéraux ne le réclamaient pas ; le fisc pourrait s'en emparer comme d'un bien vacant. — Voilà où conduit le système qui sert de base à l'arrêt attaqué ; et c'en est assez pour nous faire sentir que ce système est aussi ridicule dans ses résultats, qu'il est incohérent et faux dans ses élémens.

» Mais d'ailleurs comment peut-on ne pas voir que ce système tend directement à détruire même les Legs dont l'arrêt attaqué ordonne la délivrance? S'il était vrai, en effet, que le testateur fût censé n'avoir pas disposé des biens substitués, par cela seul qu'il s'est trompé sur l'étendue du droit qu'il tenait à cet égard de son père, il serait vrai aussi, et il faudrait nécessairement reconnaître, qu'il n'a point fait aux sieurs Debrouchoven et consorts les Legs dont il s'agit. Car, dans un testament comme dans un contrat, toutes les dispositions, toutes les clauses dépandent les unes des autres ; il existe toujours entre les unes et les autres un lien qui, quoique non apparent, n'en est pas moins réel ; le testateur n'a voulu ceci à la fin de son testament, que parcequ'au commencement il avait voulu cela. Gottignies fils n'a donc fait des Legs aux sieurs Debrouchoven et consorts, que parcequ'il les excluait des biens substitués. Telle est du moins la présomption à laquelle les principes veulent qu'on se tienne à défaut de preuve du contraire ; et de là suit évidemment la conséquence que les sieurs Debrouchoven et consorts n'ont plus en de titre pour demander leurs Legs, du moment qu'ils ont pris part aux biens substitués.

» Il n'y a donc aucun prétexte qui puisse couvrir ni pallier la contrariété qui existe entre l'arrêt de la cour de Bruxelles et les lois romaines que nous venons de rappeler.

» Mais cette contrariété est-elle de nature à entraîner la cassation de l'arrêt dont il s'agit? Ici se présente notre seconde question, celle de savoir si, avant la publication du Code Napoléon, les lois romaines avaient à Bruxelles une autorité véritablement législative.

» Nous disons à *Bruxelles*, car c'est dans cette ville que s'est ouverte la succession de Gottignies fils ; et tout le monde sait que les Legs mobiliers, tels que sont tous ceux dont l'arrêt attaqué ordonne le paiement, se règlent uniquement par la loi du lieu de l'ouverture de la succession sur laquelle ils doivent être pris ; tout le monde sait que, pour juger, ou si ces Legs sont valables ou non, ou si la demande en est ou n'en est pas recevable, on ne doit s'attacher qu'à cette loi ; tout le monde sait que, sur ces points, on ne doit avoir aucun égard aux lois des autres territoires dans lesquels sont situés les immeubles du testateur.

» Nous disons, *une autorité véritablement législative* : car il ne suffirait pas, pour motiver ici une cassation, que le droit romain eût été obligatoire à Bruxelles par la seule force de l'usage : il faudrait qu'il l'eût été par l'effet d'une loi expresse qui eût enjoint aux tribunaux de cette ville de prendre le droit romain pour règle de leurs décisions. C'est la conséquence nécessaire du principe constitutionnel, qu'un jugement en dernier ressort ne peut être cassé que pour contravention à une loi précise ; et c'est ce que la cour a jugé le 5 ven-

Source : BIU Cujas

démiaire an 11, en rejetant, au rapport de M. Audier et sur nos conclusions, la demande du sieur Boubert en cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Douai, par lequel il avait été décidé contre le texte formel de la loi 67, §. 2, D. *pro socio*, que les avances de fonds entre associés ne produisaient pas des intérêts sans stipulation. La contestation s'était élevée dans la ville de Dunkerque, qui était soumise à la coutume de Bruges, et le demandeur en cassation ne manquait pas d'observer qu'en violant une loi romaine, la cour d'appel de Douai avait violé les lettres-patentes approbatives de la coutume qui lui donnaient pour supplément le droit romain. Mais ce n'était pas comme loi territoriale, que la coutume de Bruges gouvernait la ville de Dunkerque; elle ne la gouvernait que comme loi d'adoption, introduite dans cette ville par un usage, à la vérité, immémorial, mais non écrit, et dépourvu de la sanction du législateur. Ainsi, violer le droit romain à Dunkerque, ce n'était pas, comme à Bruges, violer les lettres-patentes approbatives de la coutume, c'était tout simplement violer un usage; et, comme vous l'avez dit vous-mêmes, messieurs, en rejetant, par l'arrêt dont il s'agit, la réclamation du sieur Boubert, *la violation d'un usage qui n'a été fixé et reconnu par aucune loi, n'est pas un motif suffisant pour autoriser la cassation.*

» La question n'est donc pas ici de savoir si, avant le Code Napoléon, le droit romain était observé à Bruxelles au défaut de la coutume et des ordonnances : l'affirmative est constante, et jamais on ne l'a mise en controverse. Mais à quel titre était-il observé dans cette ville ? L'était-il *vi legis*, ou ne l'était-il que *vi usûs* ? Dans la première hypothèse, la contravention au droit romain dans la ville de Bruxelles, peut motiver la cassation d'un arrêt. Dans la seconde, elle ne peut y former qu'un moyen d'appel; elle ne peut y motiver que la réformation d'un jugement de première instance.

» Or, d'une part, la coutume de Bruxelles ne renvoie ni expressément ni implicitement au droit romain la décision des cas sur lesquels elle est restée muette; de l'autre, quand elle l'y renverrait effectivement, quand elle l'y renverrait de la manière la plus positive, ce renvoi ne suffirait pas par lui-même pour donner force de loi au droit romain dans le territoire de cette coutume; il ne pourrait avoir cet effet qu'autant qu'il eût été sanctionné par le législateur; et personne n'ignore que la coutume de Bruxelles n'a jamais été revêtue de lettres-patentes des ci-devant ducs de Brabant.

» Mais si, avant le Code Napoléon, le droit romain n'avait pas force de loi à Bruxelles en vertu de la coutume, ne l'avait-il pas du moins en vertu des lois générales de la province de Brabant dont Bruxelles était la capitale ?

» Devant la section des requêtes, nous avons présenté l'affirmative comme non douteuse, et nous nous sommes fondés sur la doctrine de Stockmans dans le premier chapitre de ses *decisiones Brabantinæ*. Ce magistrat, en effet, demande quelle est, dans le Brabant, l'autorité du droit romain? *Quatenùs Brabantia adstricta sit juri Romano?* Et voici sa réponse.—*A principibus nostris* CENTIES *constitutum est ut, deficiente jure proprio, hoc est, constitutionibus patriis et constitutionibus regiis, recurratur ad leges Romanas uti jus commune, quod non tantùm* INNUMERIS EDICTIS *insertum est, quæ passim nos eò remittunt, sed in omnium municipalium legum confirmatione adjectum, ut quæ ibi decisa non sunt, judicentur ex jure Romano.* — Ainsi, selon Stockmans, ce n'est pas seulement par les lettres-patentes dont ils ont revêtu certaines coutumes, que les ducs de Brabant ont donné force de loi au droit romain, c'est encore par des édits communs à tous leurs états, et par des édits sans nombre, *innumeris edictis;* et si cette assertion est exacte, nul doute que pour tout ce qui est antérieur au Code Napoléon, la contravention aux lois romaines ne soit, à Bruxelles, comme dans les autres parties du Brabant, un moyen péremptoire de cassation.

» Mais cette assertion est-elle aussi exacte qu'on le croit communément? Est-elle aussi exacte que nous l'avons cru nous-mêmes devant la section des requêtes? Ne porte-t-elle pas au contraire le cachet de l'erreur? et ne se dément-elle pas elle-même par l'une des preuves qui paraissent l'étayer?

» S'il en faut croire Stockmans, toutes les coutumes de la Belgique qui ont été approuvées par le législateur, portent, dans leur approbation même, la clause expresse que, dans les cas où elles seront en défaut, on aura recours au droit romain : *In* OMNIUM *municipalium legum confirmatione adjectum, ut quæ ibi decisa non sunt, judicentur ex jure Romano.* C'est ce qu'on remarque notamment, ajoute-t-il, dans les coutumes de Gueldres, d'Artois, de Flandre, de Malines, de Louvain, de Nivelle, et dans les autres que le prince a revêtues du sceau de son autorité : *Ita videre licet in Geldrensibus, Arthesiensibus, Flandris, Mechleniensibus, Lovaniensibus, Nivellensibus, aliisque autoritate principali confirmatis.* — La coutume de Haynaut est la seule, à ma connaissance, qui ne renferme pas une pareille clause : *Solæquod sciam Hannonienses non habent adjectionem.*

» Eh bien ! il n'est pas vrai que l'on trouve cette clause dans la coutume d'Artois; il est même très notoire que le droit romain n'a jamais été considéré en Artois que comme raison écrite. — Quant à la Flandre, elle n'a point de coutume générale; et il s'en faut beaucoup que toutes les coutumes particulières qui en régissaient les différentes contrées avant le Code Napoléon, s'en réfèrent au droit romain pour les cas qu'elles laissent indécis. Les coutumes de Douai, de Bailleul, d'Ostende, de Tenremonde et de Bouchante ne s'y réfèrent certainement pas. — Il en est de même de la coutume du ci-devant duché de Luxembourg. — Et cependant toutes ces coutumes étaient rédigées et

Source : BIU Cujas

approuvées par le souverain long-temps avant que Stockmans écrivît son Recueil d'arrêts. — Le Brabant n'a pas non plus de coutume générale ; et de toutes ses coutumes particulières, il n'y en a que trois, celle de Louvain, celle de Nivelle et celle de Sandhoven qui renvoient au droit romain.

» Qu'on juge, d'après cela, si Stockmans mérite une confiance aveugle, quand il assure que des *édits innombrables* ont enjoint aux tribunaux de se conformer au droit romain dans les cas non prévus par les coutumes et par les ordonnances du prince! Où sont donc ces édits? Il n'y en a pas un dans le Recueil des placards de Brabant, pas un dans le Recueil des placards de Flandre, pas un dans le *Tribonianus Belgicus* d'Anselmo; et à qui persuadera-t-on que des édits aussi importans, s'ils existaient, eussent échappé aux recherches des auteurs de ces collections?

» Peut-être Stockmans a-t-il voulu dire que dans une multitude innombrable d'édits relatifs à des objets particuliers, le prince renvoie les points qu'il ne règle pas expressément, à la décision du droit romain. — Mais, 1° cette prétendue multitude innombrable d'édits à quoi se réduit-elle? A cinq lois : savoir, l'édit de l'archiduc Maximilien de 1487, concernant l'amirauté; l'édit du duc d'Albe, du mois de juillet 1560, concernant la procédure criminelle; l'ordonnance du duc de Parme, du 15 mai 1587, concernant les militaires; l'édit de Philippe II, de 1590, qui renouvelle celui de 1487; l'édit perpétuel des archiducs Albert et Isabelle de 1611, art. 10, 38 et 42. — 2° de ce que, sur des objets particuliers, le prince a voulu, par les cinq édits qui les règlent, que le droit romain fît loi dans ses états, il ne s'ensuit certainement pas qu'il ait donné au droit romain une autorité législative sur tous les autres objets indistinctement.

» Mais ce qui achève de ruiner le système de Stockmans, sur-tout par rapport au Brabant, c'est que ce magistrat convient lui-même que, dans le quatorzième siècle, on ne connaissait pas le droit romain dans ce pays, et qu'il ne s'en trouve notamment aucune trace dans les chartes du duc Jean de 1312 et 1313, qui, en érigeant le conseil de Brabant, lui prescrivent la manière dont il doit juger les cas qu'elles ne prévoient pas : *Inter cætera his tabulis statuitur, deficientibus rebus ibi decisis, recurrendum fore ad id quod simillimum erit, inter decisa, et indè decisionem formandam, NULLA FACTA MENTIONE JURIS ROMANI.* — Si le conseil de Brabant n'a pas reçu par la loi de son institution, l'ordre de se conformer au droit romain, il faut nécessairement de deux choses l'une, ou que cet ordre lui ait été donné par des lois postérieures, ou qu'il ait conservé et qu'il ait transmis aux tribunaux qui l'ont remplacé, la liberté de s'écarter de ce droit sans exposer ses arrêts à la cassation. — Or, des lois postérieures qui lui aient donné un pareil ordre, il n'en existe que pour quelques coutumes; il n'en existe pas pour la coutume de Bruxelles. — On ne peut donc pas casser un arrêt rendu dans la coutume de Bruxelles, sous le prétexte qu'il contrevient au droit romain.

» Mais, dit-on, le Brabant faisait partie de l'empire germanique, et il est notoire que l'empire germanique reconnaissait le droit romain pour loi, non par le seul effet de l'usage, mais en vertu des décrets formels de la diette, notamment en vertu de celui de 1495, qui, en établissant à Spire une chambre impériale, transférée depuis à Wetzalér, lui enjoignait de régler ses jugemens sur les lois romaines.

» Le Brabant faisait partie de l'empire germanique! Distinguons les lieux et les temps.

» Il y avait dans le Brabant quelques villes, quelques cantons, que les ducs de cette province tenaient effectivement en fief de l'empire d'Allemagne. Tels étaient notamment la ville d'Anvers, sous le nom du marquisat du Saint-Empire, celle d'Utrecht, l'abbaye de Nivelle, Grave et Cuyck. Mais il n'en était pas de même de la ville de Bruxelles. *Verum non est*, dit Stockmans, décis. 1, *Brabantiam imperii Romani Germanici membrum unquàm planè fuisse; cùm ditio Lovaniensis, BRUXELLENSIS, Sylvæducis, Diestensis, Thenensis, Arschetana, Walonica, aliæque ejus imperii majestatem nunquàm agnoverint, aut jure clientelari imperatori paruerint.*

» Il est vrai que par la transaction d'Ausbourg, du 26 juin 1548, le Brabant entier, les 16 autres provinces belgiques et la Franche-Comté furent érigés en cercle de l'Empire, sous le nom de *cercle de Bourgogne*. Mais bien loin que, par-là, les parties du Brabant qui précédemment n'avaient pas relevé de l'Empire, aient été soumises à ses lois, celles mêmes qui en avaient relevé jusqu'alors, furent affranchies et des lois et des tribunaux germaniques. Car le cercle de Bourgogne ne fut associé à l'empire d'Allemagne, que sous la condition « qu'à la réserve des cas concernant les contributions de l'Empire, auxquelles le souverain et les Etats du cercle de Bourgogne auraient nommément consenti, ces provinces demeureraient exemptes de toutes sortes de juridictions de l'Empire et de ses tribunaux ». Ce sont les termes de M. de Néni, chef-président du conseil privé de Bruxelles, dans ses *Mémoires historiques et politiques sur les Pays-Bas autrichiens*, chap. 1, art. 6.

» Mais, dit-on encore, les art. 58 et 59 de la *joyeuse entrée*, c'est-à-dire, du serment que chaque duc de Brabant prêtait, lors de son avènement, aux Etats du pays, confirmaient expressément tous les *usages* de ce pays même. Ils confirmaient par conséquent l'usage où l'on était dans le Brabant et spécialement à Bruxelles, de recourir au droit romain dans le silence des lois nationales.

» Pour apprécier cet argument, nous devons bien peser les termes dans lesquels sont conçus les articles dont il s'agit. Par l'art. 58, « sa majesté confirme en général aux prélats, nobles, villes et

Source : BIU Cujas

à tous les sujets du pays de Brabant et d'outre-Meuse, tous les droits, franchises, privilèges, chartes, coutumes, *usages* et autres droits qu'ils ont et qui leur ont été donnés par les ducs et duchesses de Brabant, *ainsi que ceux dont ils ont joui et usé.....* » ; et l'art. 59 ajoute : « Sa majesté n'allèguera pas qu'elle n'est pas tenue d'observer lesdits droits, privilèges et *usages* confirmés en général, par la raison qu'elle ne les aurait accordés ou promis en particulier. S'il arrivait que sa majesté cessât d'observer les privilèges en tout ou en partie, elle consent qu'en ce cas, ses sujets cessent de lui faire service jusqu'à ce que les contraventions aient été réparées ».

» Vous voyez que, par ces articles, le duc de Brabant s'obligeait de respecter les coutumes et *usages* dont avaient *joui et usé* les habitans du pays, même sans qu'il eût en rien concouru à leur établissement.

» Mais, 1° de quels usages s'agit-il dans ces articles ? Bien évidemment il n'y est question que d'usages relatifs aux objets de la *joyeuse entrée*, c'est-à-dire, aux privileges des Brabançons, à leur constitution politique. Car la joyeuse entrée était un pacte entre le prince et les sujets ; et l'on sait assez que dans ces sortes de conventions, il n'entre jamais rien que de constitutionnel. C'est ainsi que bien que par les art. 5 et 52 de la capitulation de Lille du 27 août 1667, Louis XIV eût promis et même juré de conserver aux habitans de la Flandre Gallicane et à ceux de la ville de Lille en particulier, *leurs droits, usages et privilèges*, on n'a jamais prétendu inférer de là autre chose si ce n'est qu'en tout ce qui tenait à la constitution du pays, il ne serait rien innové au préjudice des habitans : jamais on n'a pensé à en conclure que les habitans fussent en droit de s'opposer à ce que le législateur apportât des changemens à leurs usages de pur droit privé.

» 2° Quand on pourrait étendre jusqu'aux usages de pur droit privé, ce qui est dit dans les art 58 et 59 de la *joyeuse entrée* du Brabant, quelle conséquence pourrait-on en tirer ? en s'obligeant de respecter ces usages, le duc de Brabant leur aurait-il imprimé le caractère de lois proprement dites ? ou les aurait-il laissés dans leur état de simples usages, dans leur état de coutumes non écrites, revêtues du sceau de l'autorité législative ?

» C'est demander en d'autres termes, dans cette hypothèse, si les divers usages non écrits que suivaient les Brabançons, pouvaient, nonobstant la confirmation qu'en faisait la *joyeuse entrée* à chaque changement de règne, être changés ou modifiés par les Brabançons eux-mêmes, de leur propre mouvement et sans l'intervention du prince ? Il est clair en effet que si ces usages étaient devenus *lois du Brabant* par l'effet de la *joyeuse entrée*, les Brabançons n'auraient pas pu seuls les changer ni les modifier ; qu'ils n'auraient pu les changer, les modifier, qu'avec le concours du pouvoir législatif.

» Eh bien ! consultez, à la suite de la coutume de Bruxelles, un statut fait par le corps municipal de cette ville sur la tutelle des mineurs, à une époque dont la date n'y est pas rappelée, mais qui est postérieure à l'année 1540, puisqu'on s'y réfère, art. 43, à un placard de l'empereur Charles-Quint du 4 octobre de cette année ; et vous y verrez que ce statut confirmé par l'art. 273 de la coutume elle-même, contient un grand nombre de dispositions introductives d'un droit nouveau. Donc par ce statut, qui n'a jamais eu d'autre autorité que celle que lui a donnée l'usage dont il a été suivi, il a été dérogé aux usages précédemment observés en matière de tutelle ; donc ces usages n'avaient pas été érigés en lois proprement dites par les art. 58 et 59 de la joyeuse entrée ; donc ces usages étaient restés, nonobstant ces articles, dans leur état de simples usages.

» C'est ainsi qu'encore que par l'édit du mois d'avril 1668, portant création du conseil souverain de Tournai, nommé depuis parlement de Flandre, il fut dit que cette cour serait tenue de juger *conformément aux lois, ordonnances*, USAGES *et coutumes des lieux*, les *usages* des lieux qui n'avaient pas été spécialement approuvés par le législateur, ont continué d'être considérés comme simples usages, sans que jamais on ait pu tirer de leur infraction une ouverture de cassation contre un jugement en dernier ressort. — Par exemple, il a toujours été d'usage, dans le ressort du parlement de Flandre, comme dans les autres parties de la France, que nul autre que le gouvernement ne peut plaider par procureur ; et cet usage a été notamment confirmé par un arrêt du parlement de Flandre lui-même, du 9 juillet 1697, rapporté dans le Recueil du président Desjaunaux, tome 2, §. 171. Cependant la dame de Tauffkirck s'étant pourvue en cassation contre un arrêt de la cour d'appel de Douai du 16 germinal an 10, sur le fondement que cet arrêt avait admis le comte de Glimes, Espagnol, à plaider contre elle par procureur, la section des requêtes, par arrêt du 22 brumaire an 12, au rapport de M. Cassaigne et sur nos conclusions, a rejeté ce recours, attendu, a-t-elle dit, *qu'on n'invoque qu'une maxime fondée sur un usage, et que la simple violation d'un usage ne suffit point pour opérer la cassation d'un jugement.*

» La même chose avait été jugée long-temps auparavant pour la province d'Artois, qui, en rentrant, dans le dix-septième siècle, sous la domination française, avait été également maintenue par les capitulations dans ses anciens privilèges et *usages*. — Une sentence du conseil d'Artois, du 30 septembre 1677, avait décidé (conformément à la loi 1, §. 13, D. *de separationibus*, et à la jurisprudence du grand conseil de Malines auquel ce tribunal avait précédemment ressorti), que la demande en séparation du patrimoine d'un défunt d'avec celui de son héritier, n'était plus recevable après cinq ans, à compter du jour de l'adition d'hérédité.—

Source : BIU Cujas

Sur l'appel, il fut « produit (dit Brunel, *Observations sur le droit coutumier*, ch. 6, n. 40), quantité de jugemens et actes de notoriété, tant du conseil d'Artois que des autres sièges et bailliages de la province, par où il était prouvé que, suivant l'usage y observé, les créanciers personnels du défunt n'étaient plus reçus, après les cinq ans, à demander séparation des biens de leur débiteur d'avec ceux de l'héritier; *à quoi la cour de parlement ne s'est point arrêtée* ». — Et en effet, par arrêt du 4 juillet 1679, la sentence du conseil d'Artois fut infirmée; et il fut jugé que la demande en séparation des patrimoines était recevable tant que n'étaient pas prescrites les créances de ceux qui la formaient. — Cet arrêt fut dénoncé au conseil du roi, et par les parties intéressées, et par les Etats d'Artois eux-mêmes, comme subversif d'un usage confirmé par les capitulations du pays, et d'un usage d'autant plus respectable qu'il était fondé sur le droit romain, constamment et imperturbablement observé en cette matière dans les dix-sept provinces belgiques. — Et quel fut le résultat de ce recours? Brunel nous apprend qu'il fut rejeté, et que l'arrêt contre lequel il était dirigé, fut suivi de plusieurs autres qui firent absolument disparaître l'usage qu'il avait proscrit.

» Loin de nous donc l'idée que par les art. 58 et 59 de la *joyeuse entrée* du Brabant, l'usage de recourir au droit romain dans le silence des ordonnances du prince et des coutumes écrites, ait été converti en loi formelle; et de là, la conséquence nécessaire que si l'arrêt que vous dénoncent les demandeurs, a jugé contre les dispositions du droit romain, il n'a du moins pas jugé contre une loi proprement dite du Brabant; qu'il aurait pu, qu'il aurait même dû, sous l'ancien régime du pays, être réformé par la voie de révision, si cette voie eût été ouverte contre un arrêt rendu en révision même; mais que la cassation ne peut pas l'atteindre, parceque la cassation ne peut jamais être prononcée que pour contravention expresse à une loi véritable; parceque jamais l'infraction d'un usage, quelque constant qu'il soit, ne peut motiver la cassation d'un arrêt; en un mot, parcequ'aux termes de la loi du 27 novembre 1790, institutive de la cour de cassation, aucun jugement ne peut être cassé, sans qu'à la tête du dispositif de l'arrêt de cassation, soit transcrit le texte de la loi violée; et que bien certainement un usage non écrit ne peut être représenté par aucun texte que l'on puisse transcrire dans un arrêt de cassation.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter le recours des demandeurs et de les condamner à l'amende ».

Par arrêt rendu après un délibéré prolongé pendant plusieurs mois, et vidé le 9 février 1808, au rapport de M. Chasle, — « Attendu, sur le premier moyen, que les juges de la cour d'appel de Bruxelles, n'ont violé ni le testament qui fait l'objet du procès ni aucune autre loi, en interprétant, ainsi qu'ils l'ont fait, ledit testament; — Attendu, sur le second moyen, qu'en statuant sur le mérite des Legs pécuniaires faits aux défendeurs, l'arrêt attaqué ne peut pas être en contravention à l'autorité de la chose jugée par les jugemens et arrêts du conseil de Brabant de 1787, 1788, 1789 et 1790, puisque ceux-ci n'avaient prononcé que sur la revendication des biens substitués; — Attendu sur les troisième, quatrième et cinquième moyens, qu'il est constant au procès, soit par la nature des faits, soit par l'autorité de la chose jugée par les jugemens et arrêts ci-dessus, que les défendeurs n'étaient point les héritiers nécessaires de Gottignies fils, dernier testateur; que comme descendans de Guillaume-Louis de Wisscher-Celles, ils avaient droit à une part quelconque dans les biens substitués en leur faveur par Gottignies père; que Gottignies fils avait disposé par erreur de ces biens à leur préjudice comme les croyant siens; qu'ils n'ont fait que revendiquer leur part dans ces biens, sans litiguer ni combattre au surplus aucune des dispositions de son testament; — Qu'on ne peut pas dire que, dans une telle espèce, les lois romaines invoquées par les demandeurs, soient positivement applicables, ni qu'il y ait été contrevenu.....; — La cour rejette.....».

Quant à l'arrêt du 18 janvier 1806, qui avait jugé, en faveur des sieurs Devisscher-Celles, le contraire de celui du 2 fructidor an 12, la tutrice du mineur Ferdinand Devisscher l'a aussi attaqué par un recours en cassation qui n'est pas encore jugé, mais qui le sera incessamment; j'en rapporterai le résultat à la fin de ce volume.]]

III. Le légataire peut mourir avant ou après le testateur. Dans l'un et l'autre cas, sa mort produit, par rapport à la libéralité dont il est honoré, des effets qu'il est important de connaître.

Le décès du légataire arrivé avant celui du testateur, anéantit le Legs : c'est ce que décident une foule de textes, et entre autres la loi unique, C. *de caducis tollendis*. — [[« Toute disposition testamentaire sera caduque (porte également l'art. 1039 du Code Napoléon), si celui en faveur de qui elle est faite, n'a pas survécu au testateur ».]]

Si cependant le légataire était désigné dans le testament sous le nom de sa dignité, et que le Legs ne fût pas laissé à sa personne, mais à sa place, son prédécès ne porterait aucune atteinte à la disposition du testateur. La loi 56, D. *de Legatis* 2°, le déclare ainsi dans l'espèce d'un Legs fait au prince.

Il en serait de même si le testateur avait voulu que les héritiers du légataire profitassent de sa libéralité, en cas qu'il survécût à celui-ci. Un arrêt du 23 juin 1671, rapporté au Journal du palais, a jugé « qu'un Legs fait dans la coutume de Poitou en ces termes, *à lui et aux siens et ayans-cause à perpétuité*, ne devient point caduc par le prédécès du légataire avant le testateur ».

Mais il faut pour cela des signes certains de la volonté du testateur; une simple conjecture ne suffirait pas. Un arrêt du conseil souverain de Brabant du 11 mars 1653, rapporté par Stockmans, a dé-

Source : BIU Cujas

claré caduc un Legs prétendu par les enfans du légataire prédécédé, quoiqu'ils alléguassent que la testatrice, qui était leur grand'tante, avait été dans un état de démence depuis la mort de leur père jusqu'à la sienne, et qu'ainsi elle n'avait pas pu les appeler au défaut de son neveu, comme elle l'avait fait antérieurement à l'égard des enfans d'autres légataires décédés avant elle.

On a aussi prétendu exempter de la caducité pour cause de prédécès, un Legs fait à un domestique, sous prétexte qu'une telle disposition étant censée rémunératoire, on devait présumer que le testateur avait eu l'intention d'étendre les effets de sa reconnaissance jusqu'aux enfans du légataire. Mais ce système a été proscrit par un arrêt du parlement de Paris, du 5 juin 1631, inséré dans le recueil de Bardet.

Lorsque le légataire décède après le testateur, sans avoir obtenu la délivrance de son Legs, il faut, pour savoir s'il le transmet à ses héritiers, distinguer le cas où ce Legs lui a été dû, d'avec celui où il n'y a eu aucun droit. Dans la première hypothèse, il ne transmet rien; dans la seconde, ses héritiers succèdent à son action. Ce que nous avons dit ci-devant, sect. 5, §. 1, éclaircit et développe suffisamment cette distinction.

Il fut un temps où la perpétuité tenait tellement à l'essence des Legs, que tout Legs à temps, c'est-à-dire, dont le testateur avait limité la durée, était regardé comme nul. Mais cette jurisprudence, qui n'avait été introduite que par les subtilités des anciens jurisconsultes, a été abrogée par l'empereur Justinien. Voici ce que porte la loi 26, *de Legatis*, au Code : *Illud quod de Legatis vel fideicommissis temporalibus utpotè irritis, à legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus, sancientes etiam talem Legatorum vel fideicommissorum speciem valere et firmitatem habere. Cum enim jam constitutum sit fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est etiam Legata vel fideicommissa quæ ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari : post completum videlicet tempus ad heredem iisdem Legatis vel fideicommissis remeantibus.*

Lorsqu'usant de la faculté que lui laisse cette loi, le testateur a limité à un certain temps la jouissance que le légataire doit avoir de la chose léguée, il est clair que le laps de ce temps opère de plein droit l'extinction du Legs.

Il n'est même pas toujours nécessaire que la limitation soit expresse; il est certains cas où elle résulte de la nature de la disposition du défunt. Ainsi, un Legs annuel est censé borné à la vie de celui à qui il est fait; c'est ce que prouvent les lois 10, 11, 12, D. *quandò dies Legatorum*, et 4, D. *de annuis Legatis*.

Il faut cependant remarquer, d'après ces mêmes lois, et comme l'a jugé un arrêt du parlement de Paris, du 7 septembre 1622, rapporté par Bouguier, lettre *L*, n. 1, que le Legs d'une pension annuelle échoit le premier jour de chaque année, et que par conséquent le légataire qui meurt avant la fin, transmet à son héritier le droit de demander l'année entière.

Lorsque le testateur a laissé une pension annuelle *à un tel et à ses héritiers*, le Legs n'est pas borné à la vie du légataire, ni même à celle de ses héritiers immédiats; la loi 22, C. *de Legatis*, le déclare perpétuel, et conséquemment transmissible aux héritiers des héritiers à l'infini.

La perpétuité forme pareillement le caractère des Legs annuels qui sont faits au profit des établissemens ou corps de main-morte; la loi 6, la loi 20, §. 1, la loi 23, D. *de annuis Legatis*, la loi 46, §. 9, et la loi dernière, C. *de episcopis et clericis*, en fournissent la preuve et l'exemple; et c'est sur ce fondement qu'un arrêt du parlement de Grenoble, du 10 décembre 1612, rapporté par Basset, a jugé perpétuelle la fondation qu'un testateur avait faite d'une messe à célébrer chaque jour de la semaine.

On opposera sans doute à ces décisions, qu'un usufruit légué *à un tel et à ses héritiers* finit dans la personne des héritiers immédiats, suivant la loi 14, C. *de usufructu;* et que la loi 56, D. , même titre, limite à cent ans la durée d'un usufruit légué à une communauté d'habitans. — Mais, répond Voët, il y a une grande différence entre un Legs d'usufruit et celui d'une simple prestation annuelle. Le premier absorbe tous les émolumens de la propriété; et comme il serait absurde qu'un propriétaire fût réduit à ne tirer jamais aucun profit de son bien, il a fallu nécessairement fixer des bornes à la durée des dispositions de cette nature. Le second au contraire laisse le plus communément au propriétaire une très grande partie de ses revenus, il n'en emporte qu'une portion, et par conséquent on n'a pas eu la même raison de le limiter à un certain temps. Si cependant, continue Voët, il en résultait le même inconvénient que d'un Legs d'usufruit, c'est-à-dire, s'il rendait la propriété de l'héritier tout-à-fait inutile, on pourrait y appliquer la disposition des deux lois que nous venons de citer. *Eadem ratio, idem jus.*

Un testateur avait laissé un Legs annuel *à un tel étudiant*. Le légataire ayant fini ses études, l'héritier prétendit que le Legs était éteint par le laps de temps que le testateur avait, suivant lui, apposé à sa disposition par le mot *étudiant* : mais ce terme n'était évidemment que démonstratif; aussi l'héritier a-t-il été condamné, par arrêt du parlement d'Aix, du 19 novembre 1643, à continuer le paiement du Legs pendant toute la vie de celui que le défunt en avait gratifié. Cette espèce est rapportée par Boniface.

IV. Nous avons mis la prescription au nombre des causes extinctives des Legs; et en effet il est certain que quand un légataire a laissé passer, sans agir en délivrance, un temps suffisant pour la prescription d'une action personnelle hypothécaire, on doit regarder ses droits comme non avenus.

Source : BIU Cujas

Justinien a modifié cette règle par deux exceptions.

1° Il a voulu, par la loi 25, C. *de sacro-sanctis ecclesiis*, que l'action en paiement de Legs faits pour le rachat des captifs, ne pût être prescrite que par cent ans.

2° Il a ordonné la même chose à l'égard des Legs faits aux églises et aux cités. La loi que nous venons d'indiquer en contient une disposition expresse. Néanmoins, quoique ce législateur ne l'ait pas révoquée nommément à l'égard des cités, mais seulement par rapport aux églises, il y a bien des auteurs qui, par identité de raison, la regardent comme entièrement abrogée, et leur opinion a prévalu dans l'usage.

[[Au surplus, les deux exceptions dont il s'agit, sont abrogées par l'art. 2262 du Code Napoléon, suivant lequel, « toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites pour trente ans ».

V. Quant à l'extinction du Legs, qui s'opère par l'anéantissement de la chose léguée, voici, indépendamment de ce qui a été dit ci-devant, sect. 3, §. 3, n. 17, ce que porte l'art. 1042 du Code Napoléon : — « Le Legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur. — Il en sera de même, si elle a péri depuis sa mort, sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci ait été mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût également dû périr entre les mains du légataire ».]]

Il y a quelques particularités sur la prescription des Legs annuels ; mais on les trouvera au mot *Prescription*.

V. Légataire, *Accroissement*, *Prélegs*, *Usufruit*, *Usage* (*droit d'*), *Habitation*, *Institution d'héritier*, *Alimens*, *Intérêts*, *Fruits*, *Héritier*, *Légitime*, *Condition*, *Mode*, *Meubles*, *Libération*, *Option*, *Indignité*, *Inofficiosité*, *Testament*, *Révocation*, etc.

[[LEHEN. Mot allemand, synonyme de *fief*. *V. Fief*, sect. 2, §. 7.]]

[[LEIBGEWINN, mot allemand, synonyme d'usufruit concédé à vie.

Un avis du conseil d'état, du 14 juillet 1807, approuvé par l'Empereur le 18 août suivant, résout ainsi la question de savoir si les redevances créées par des baux à *Leibgewinn*, sont féodales ou purement foncières, et conséquemment abolies ou conservées :

« Le conseil d'état, qui, d'après le renvoi ordonné par sa majesté, a entendu le rapport de la section des finances, sur celui du ministre de ce département, relatif aux redevances dues sur des biens-fonds concédés originairement à titre de Leibgewinn, dans les quatre départemens de la rive gauche du Rhin, et sur la question de savoir si ces sortes de redevances sont comprises dans celles présumées foncières par l'art. 1er du décret impérial du 9 vendémiaire an 13 ; — Vu le décret susdaté, ensemble les observations de l'administration des domaines, et les autres pièces jointes au rapport ; — Considérant que la concession de fonds à titre de Leibgewinn est usitée depuis un temps immémorial dans les pays de la rive gauche du Rhin, et principalement dans les ci-devant provinces de Clèves, de Meurs et de la Marck ; que ces fonds ayant toujours été considérés dans l'origine comme biens allodiaux ou propres, que les bailleurs concédaient pour la vie seulement des preneurs, ainsi qu'il résulte de la définition même de ce mot, donnée par les auteurs qui ont écrit sur le droit germanique, et notamment par le glossaire de Scherz, qui s'exprime ainsi : *Leibgewinn, ususfructus ad dies vitæ : prædia rustica, sic plerumquè conceduntur tò Leibgewinn, eâ ratione, ut, mortuo agricolâ, ab ejus liberis nova domini concessio impetrari debeat ;* — Qu'en outre, cette allodialité est attestée par deux certificats de la régence royale de Munster et de l'université de Duisbourg, des 26 février et 27 mars 1805 ; — Que les détenteurs ou possesseurs desdits biens ne pouvaient les vendre ou échanger, ni même les grever d'hypothèques, sans le consentement des bailleurs ; que ces biens n'entraient pas dans l'ordre ordinaire des successions, puisque, pour la transmission du père aux enfans, le même consentement du bailleur était absolument nécessaire ; — Que de plus, ces mêmes biens ont toujours été considérés comme restans dans le domaine direct et utile du bailleur ; et que les redevances provenant de leur concession, étaient souvent désignées sous la dénomination de fermages ; — Qu'on ne peut considérer les redevances dont il s'agit, comme dérivant généralement de la puissance féodale, puisqu'il est prouvé que tous les propriétaires indistinctement ont concédé leurs biens aux mêmes titres et conditions : — Enfin, que lesdites redevances ont été souvent confondues sous la dénomination d'*erbsacht* ou de *zimes* ; que ces dernières, qui provenaient de concessions à titre héréditaire, ayant été réputées foncières et non seigneuriales, par l'art. 1 du décret impérial du 9 vendémiaire an 13, celles provenant de concessions à titre de Leibgewinn ou bail à vie, doivent à plus forte raison être rangées dans la même classe, puisque, indépendamment de la similitude qui existe entre elles, ces dernières ont conservé d'une manière plus marquée, la nature de leur origine et le signe de la propriété en faveur des bailleurs de fonds ; — Est d'avis, 1° que les redevances fixes, soit en argent, soit en nature, dues par les détenteurs actuels de biens concédés originairement à titre de Leibgewinn, doivent être comprises dans la classe des redevances présumées foncières par l'art. 1 du décret impérial du 9 vendémiaire an 13 ; — 2° Que, vu les circonstances et les doutes qui ont pu s'élever sur la nature de ces redevances, les redevables qui se conformeront, dans le délai de six mois, à compter de la publication du présent avis, aux dispositions de l'art. 9 du décret impérial du 9 vendémiaire an 13, doivent jouir de la faveur accordée par

Source : BIU Cujas

cet article pour le paiement des arrérages échus; — 3° Et que le présent avis doit être imprimé et publié dans les quatre départemens de la rive gauche du Rhin ».

V. Cens, Emphytéose, §. 5; et *Quart-raisin.*]]

LÉPREUX. C'est celui qui a la lèpre.

Dans la multitude des dispositions que renferment les chartes ou coutumes générales de Hainaut, on en remarque de fort singulières sur les Lépreux.

Suivant l'art. 1 du ch. 135 de ces lois, lorsque quelqu'un est soupçonné d'être infecté de la lèpre, les échevins du lieu de sa résidence sont tenus de *le mener aux épreuves aux dépens des paroissiens.*

S'il est jugé Lépreux, la table des pauvres, ou, à son défaut, la communauté des paroissiens, doit lui fournir *un chapeau, manteau gris, cliquettes et besace*, et célébrer ses funérailles comme s'il était mort. C'est la disposition de l'art. 2.

L'art. 3 ajoute, que « la ville sera tenue faire à la personne Lépreuse une maison *sur quatre estaques*, à charge d'être brûlée après sa mort, avec le lit et habillemens ayant servi à son corps ».

Suivant l'art. 12, il faut qu'il y ait entre cette maison et le chemin le plus proche, une distance d'au moins vingt pieds.

L'art. 14, en ordonnant au seigneur haut-justicier de la faire brûler avec tout ce qui s'y trouve après la mort du Lépreux, lui permet de *réserver l'étain, plomb, fer, chaudrelage, et autres semblables biens non infectés.*

Lorsque la personne jugée Lépreuse n'est point native de la paroisse dans laquelle elle fait sa résidence, « les échevins du lieu (dit l'art. 8), seront tenus la mener au bout et extrémité de ladite seigneurie au lez vers le lieu de sa naissance, et l'y renvoyer, lui administrant et fournissant les parties ci-devant déclarées, recommandant sur peine de ban de ne retourner en la seigneurie dont elle est partie : et si telle personne est native d'autre pays que du Hainaut, on la devra mener au bout et extrémité de notredit pays de Hainaut, du côté de sadite naissance; et si elle y retournait, la bannir sur peine de sa vie ».

Lorsqu'un Lépreux a reçu le jour dans un endroit et le baptême dans un autre, c'est le lieu de sa naissance qui doit en être chargé, « à quoi devront contribuer tous les manans des villages sortissans en une paroisse, lorsqu'à ladite paroisse il y aura plusieurs seigneuries et jugemens appendans ». Ce sont les termes de l'art. 9.

L'art. 19 défend aux cabaretiers, aubergistes, et autres de pareille profession, de recevoir des Lépreux dans leur maison *pour boire et manger*, à peine de correction arbitraire.

L'art. 20 défend aux Lépreux d'aller dans la ville de Mons *pour faire leurs quêtes*, si ce n'est les jours de pâques, de pentecôte, de noël, de la toussaints, de l'assomption, et les veilles de la fête de la ville, de Saint-Martin, des rois, et du dimanche gras, *se gardant lors de converser entre les gens, et de n'uriner sinon arrière d'iceux et hors rues publiques.*

L'art. 7 porte que la personne jugée Lépreuse doit le meilleur cattel à son seigneur, comme si elle était morte, à la charge néanmoins de le reprendre en cas de guérison. *V. Meilleur cattel.*

On croirait, d'après une telle disposition, que les Lépreux sont regardés par les lois du Hainaut comme morts civilement; mais l'art. 6 prouve le contraire; il déclare que « le Lépreux pourra succéder comme autre personne, et les hoirs dudit Lépreux à lui, et se peut aider de son héritage comme un autre ».

* LÈSE-MAJESTÉ. On distingue deux sortes de crimes connus sous cette dénomination.

I. Le crime de Lèse-Majesté divine est une offense commise directement contre Dieu, comme l'apostasie, l'hérésie, le sacrilège, le blasphème, etc. Ce crime est puni plus ou moins grièvement, et même quelquefois de mort; ce qui dépend des circonstances — [[Il ne l'est plus aujourd'hui. *V. Blasphème.*]]

II. On appelle *crime de Lèse-Majesté humaine*, un attentat commis contre le souverain ou contre l'Etat.

On distingue, par rapport au crime de Lèse-Majesté humaine, plusieurs chefs ou degrés différens qui rendent le crime plus ou moins grave.

Suivant la déclaration donnée à Villers-Cotterêts le 10 août 1539, quiconque attente à la personne du souverain ou à celle des enfans de France, doit être regardé comme coupable de Lèse-Majesté au premier chef.

Il faut en dire autant de ceux qui conspirent ou font des entreprises contre l'Etat, soit en se soulevant avec armes contre les ordres du roi, soit en rassemblant des troupes contre lui, soit en excitant le peuple à la rébellion, soit en entretenant des intelligences avec les ennemis de l'Etat, soit en formant quelque complot pour faire rendre une place contre le gré du gouverneur et de son conseil, soit en donnant du secours à l'ennemi, en lui fournissant des soldats, des chevaux, des vivres ou de l'argent, etc. C'est ce qui résulte de différentes lois, telles que les déclarations des 16 août 1563 et 11 novembre 1584, l'ordonnance de Blois, la déclaration du 27 mai 1610, l'ordonnance du mois de janvier 1629, etc.

On répute coupables de Lèse-Majesté au second chef, les militaires qui désertent du royaume pour se retirer chez l'ennemi, ceux qui injurient le souverain ou font rébellion à ses ordres; les infracteurs des sauve-gardes ou sauf-conduits donnés par le prince aux ennemis, ou à leurs ambassadeurs, ou à leurs otages; ceux qui refusent de payer les impôts publics; ceux qui font la guerre, quoique contre les ennemis de l'Etat, sans en avoir obtenu la permission du souverain; ceux qui, sans

Source : BIU Cujas

pouvoir ni mandement du prince, s'assemblent pour délibérer sur les affaires de l'Etat, sous prétexte du bien public, ou autre quelconque; ceux qui, sans permission du roi, enrôlent des gens de guerre, fortifient des places, ou en démolissent les fortifications, font des amas d'armes, de poudre ou autres munitions de guerre, ou font fondre des canons ou d'autres pièces d'artillerie; ceux qui, de leur autorité privée, établissent ou lèvent des impôts, ou disposent des deniers royaux; ceux qui fabriquent de la fausse monnaie; ceux qui falsifient le seel royal; ceux qui, de leur propre autorité ou sous de fausses provisions, exercent les fonctions de magistrats, de gouverneurs, d'intendans, etc.; ceux qui commettent des excès contre les juges, ou même contre les huissiers qui sont dans leurs fonctions; ceux qui, sans permission du roi, transportent hors du royaume, des armes, de la poudre ou d'autres munitions de guerre, etc. Telles sont les dispositions de plusieurs édits, ordonnances et déclarations, et particulièrement de l'édit du mois de juillet 1534, des déclarations des 29 novembre 1565, 25 août 1570, 27 mai 1610, 14 avril 1615 et 14 juillet 1682; des édits de décembre 1601 et d'août 1669; et des ordonnances de Blois, de Moulins, du mois de janvier 1629 et du mois d'août 1670.

On regarde encore comme crime de Lèse-Majesté d'un autre ordre, le crime de péculat, le crime de concussion, les malversations des officiers dans leurs fonctions, les assemblées illicites, attroupemens et ports d'armes contre la disposition des ordonnances, et l'action de briser les prisons pour en faire sortir des prisonniers.

[[Le Code pénal du 25 septembre 1791, part. 2, tit. 1, sect. 1 et 2, qualifie de *crime contre la sûreté extérieure et intérieure de l'Etat*, ce que nos anciennes lois appellent *crimes de Lèse-Majesté au premier chef*. Et à l'égard de ce que nos anciennes lois appelaient *crimes de Lèse-Majesté au second chef*, il en fait deux classes: l'une, dans laquelle il range, sect. 4, *les délits des particuliers contre le respect et l'obéissance due à la loi, et à l'autorité des pouvoirs constitués pour la faire exécuter*; l'autre, dans laquelle il place, sect. 5, les *crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont confiés*.]]

III. Quelles sont les peines du crime de Lèse-Majesté au premier chef? Chez les Romains, les criminels de Lèse-Majesté, et leurs complices qui étaient de basse condition, devaient être condamnés à être dévorés par les bêtes ou à être brûlés vifs; et ceux qui étaient d'une condition honnête, à perdre la vie par le fer: et les biens des uns et des autres devaient être confisqués au profit de l'empereur.

En France, la peine du crime de Lèse-Majesté au premier chef, est d'être tenaillé vif avec des tenailles rouges, d'être tiré à quatre chevaux, etc.

En 1593, Pierre Barrière, convaincu d'avoir conspiré contre la personne du roi, fut condamné à avoir le poing coupé, à être tenaillé avec des tenailles ardentes, à être ensuite rompu vif, et brûlé, etc.

Depuis, on a puni à peu près de même, en 1594, Jean Châtel, pour attentat commis sur la personne du roi Henri IV; Ravaillac, pour avoir tué le même prince; et Robert-François Damiens, pour avoir attenté à la vie de Louis XV. — L'arrêt rendu contre ce dernier criminel le 26 mars 1757, est ainsi conçu: « La cour, garnie de princes et de pairs, faisant droit sur l'accusation contre ledit Robert-François Damiens, déclare ledit François Damiens dûment atteint et convaincu du crime de Lèse-Majesté divine et humaine au premier chef, pour le très méchant, très abominable et très détestable parricide commis sur la personne du roi; et pour réparation, condamne ledit Damiens à faire amende honorable devant la principale porte de l'église de Paris, où il sera mené et conduit dans un tombereau, nu en chemise, tenant une torche de cire ardente du poids de deux livres; et là, à genoux, dire et déclarer, que méchamment et proditoirement il a commis ledit très méchant, très abominable et très détestable parricide, et blessé le roi d'un coup de couteau dans le côté droit, dont il se repent, et demande pardon à Dieu, au roi, et à la justice; ce fait, mené et conduit dans ledit tombereau à la place de Grève, et sur un échafaud qui y sera dressé, tenaillé aux mamelles, bras, cuisses et gras de jambes, sa main droite, tenant en icelle le couteau dont il a commis ledit parricide, brûlée de feu de soufre; et sur les endroits où il sera tenaillé, jeté du plomb fondu, de l'huile bouillante, de la poix résine brûlante, de la cire et soufre, fondus ensemble; et ensuite son corps tiré et démembré à quatre chevaux, et ses membres et corps consumés au feu, réduits en cendres, et ces cendres jetées au vent: déclare tous ses biens, meubles et immeubles, en quelques lieux qu'ils soient situés, confisqués au roi: ordonne qu'avant ladite exécution, ledit Damiens sera appliqué à la question ordinaire et extraordinaire, pour avoir révélation de ses complices; ordonne que la maison où il est né, sera démolie, celui à qui elle appartient préalablement indemnisé; sans que sur le fonds de ladite maison, il puisse à l'avenir être fait autre bâtiment ».

Par un autre arrêt du 29 du même mois, le père, la mère et la fille de Damiens ont été bannis à perpétuité du royaume, avec défense à eux d'y revenir, sous peine d'être pendus sans autre forme de procès; et il a été enjoint aux frères et aux sœurs du même criminel de changer le nom de Damiens.

Quand une femme se rend coupable du crime de Lèse-Majesté au premier chef, on la condamne à être brûlée vive. Au mois de juin de l'année 1600, le parlement fit subir ce supplice à Nicole Mignon, convaincue d'avoir conspiré contre la vie de Henri IV.

Source : BIU Cujas

On punit aussi de la peine du crime de Lèse-Majesté au premier chef, ceux qui attentent à la vie des enfans de France. Sébastien de Montecuculli, accusé en 1536, d'avoir empoisonné François, dauphin de France, fut tiré à quatre chevaux à Lyon.

Salcide, qui avait conspiré contre la vie du duc d'Alençon, frère de Henri III, fut condamné par arrêt du parlement de Paris du 26 octobre 1582, à être tiré à quatre chevaux; ce qui fut exécuté en place de Grève.

On punit encore du même supplice ceux qui conspirent contre l'Etat, qui entrent dans des ligues contre le souverain, qui lui font la guerre ou livrent aux ennemis quelque place du royaume. C'est ce qu'éprouva en 796, sous Charlemagne, un gentilhomme qui fut condamné à être tiré à quatre chevaux, pour avoir trahi l'Etat et occasionné la déroute de l'armée française. — En 1548, François de Lavergne, l'un des principaux chefs de la conjuration de Bordeaux, fut condamné par arrêt du parlement de cette ville, à être tiré à quatre chevaux. — En 1602, Fontanelles, complice de la conjuration du maréchal de Biron, accusé d'avoir traité avec l'Espagne pour lui livrer l'île de Trestan en Bretagne, fut condamné, par arrêt du grand conseil, à avoir les quatre membres rompus en place de Grève.

[[Voici quelles sont, sur les crimes contre la sûreté extérieure et intérieure de l'Etat, les dispositions du Code pénal du 25 septembre 1791, part. 2, tit. 1 :

« Sect. 1. *Des crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat.* Art. 1. Quiconque sera convaincu d'avoir pratiqué des machinations ou entretenu des intelligences avec les puissances étrangères, ou avec leurs agens, pour les engager à commettre des hostilités, ou pour leur indiquer les moyens d'entreprendre la guerre contre la France, sera puni de mort, soit que ces machinations ou intelligences aient été ou non suivies d'hostilités.

» 2. Lorsqu'il aura été commis quelques aggressions hostiles ou infractions de traités, tendantes à allumer la guerre entre la France et une nation étrangère, et que le corps législatif trouvant coupables lesdites aggressions hostiles ou infractions de traités, aura déclaré qu'il y a lieu à accusation contre les auteurs, le ministre qui en aura donné ou contresigné l'ordre, ou le commandant des forces nationales de terre ou de mer, qui, sans ordre, aura commis lesdites aggressions hostiles ou infractions de traités, sera puni de mort.

» 3. Tout Français qui portera les armes contre la France, sera puni de mort.

» 4. Toutes manœuvres, toutes intelligences avec les ennemis de la France, tendantes, soit à faciliter leur entrée dans les dépendances de l'empire français, soit à leur livrer des villes, forteresses, ports, vaisseaux, magasins, ou arsenaux appartenant à la France, soit à leur fournir des secours en soldats, argent, vivres ou munitions, soit à favoriser, d'une manière quelconque, le progrès de leurs armes sur le territoire français, ou contre nos forces de terre ou de mer, soit à ébranler la fidélité des officiers, soldats, et des autres citoyens envers la nation française, seront punies de mort.

» 5. Les trahisons de la nature de celles mentionnées en l'article précédent, commises en temps de guerre envers les alliés de la France, agissant contre l'ennemi commun, seront punies de la même peine.

» 6. Tout fonctionnaire public, chargé du secret d'une négociation, d'une expédition, ou d'une opération militaire, qui sera convaincu de l'avoir livré méchamment et traîtreusement aux agens d'une puissance étrangère, ou, en cas de guerre, à l'ennemi, sera puni de mort.

» 7. Tout fonctionnaire public chargé, à raison des fonctions qui lui sont confiées, du dépôt des plans, soit de fortifications ou d'arsenaux, soit de ports ou de rades, qui sera convaincu d'avoir méchamment et traîtreusement livré lesdits plans aux agens d'une puissance étrangère, ou, en cas de guerre, à l'ennemi, sera puni de la peine de vingt années de gêne.

» Sect. 2. *Des crimes contre la sûreté interieure de l'Etat.* Art. 1. Tous complots et attentats contre la personne du roi, du régent, ou de l'héritier présomptif du trône, seront punis de mort.

» 2. Toutes conspirations et complots tendant à troubler l'Etat par une guerre civile, en armant les citoyens les uns contre les autres, ou contre l'exercice de l'autorité légitime, seront punis de mort.

» 3. Tout enrôlement de soldats, levées de troupes, amas d'armes et de munitions, pour exécuter les complots et machinations mentionnées en l'article précédent, — Toute attaque ou résistance envers la force publique, agissant contre l'exécution desdits complots, — Tout envahissement de ville, forteresse, magasin, arsenal, port ou vaisseaux, seront punis de mort. — Les auteurs, chefs, instigateurs desdites révoltes, et tous ceux qui seront pris les armes à la main, subiront la même peine.

» 4. Les pratiques et intelligences avec les révoltés, de la nature de celles mentionnées en l'art. 4 de la première section du présent titre, seront punies de la même peine.

» 5. Tout commandant d'un corps de troupes, d'une flotte ou d'une escadre, d'une place forte, ou d'un port, qui retiendra le commandement contre l'ordre du roi; tout commandant qui tiendra son armée rassemblée, lorsque la séparation en aura été ordonnée; tout chef militaire qui retiendra ses troupes sous les drapeaux, lorsque le licenciement en aura été ordonné, seront coupables du crime de révolte, et punis de mort ». *V. Conspiration* et *Décapitation.*]]

Source : BIU Cujas

IV. Quelles sont les peines du crime de Lèse-Majesté au second chef? Les crimes sont, comme on l'a remarqué, ceux qui offensent la dignité du souverain ou qui attaquent son autorité. Le plus souvent on les punit du dernier supplice.

C'est ainsi que, par arrêt du premier décembre 1584, un gentilhomme protestant fut condamné à être pendu et ensuite brûlé en place de Grève, pour avoir composé des libelles diffamatoires contre le roi. — Par un autre arrêt du 22 novembre 1586, le nommé François Lebreton fut pendu devant les degrés du palais, pour avoir composé et fait imprimer un libelle contre le roi.

Quant à ceux qui exposent en vente des libelles contre le souverain, ils doivent être condamnés au fouet et au bannissement, conformément au douzième des articles arrêtés dans l'assemblée de Saint-Germain-en-Laye, au mois de novembre 1583.

Les infracteurs de sauve-garde doivent être punis comme criminels de Lèse-Majesté, relativement aux excès qu'ils ont commis. L'ordonnance du 1er juillet 1727, concernant les délits militaires, défend à toute personne quelle qu'elle soit, à peine de punition corporelle ou de la vie, selon l'exigence des cas, d'attenter ou entreprendre contre les personnes, villes, bourgs, villages, châteaux, hameaux, ou autres biens et lieux qui sont sous la sauve-garde du roi.

Plusieurs lois ont établi que ceux qui feraient des levées de gens de guerre, sans commission du roi, seraient punis comme criminels de Lèse-Majesté, leurs corps et biens confisqués, et leur postérité déclarée incapable de tout état, office, honneur et privilège.

L'ordonnance du mois de janvier 1629 a prononcé les mêmes peines contre ceux qui, sans commission du roi, fortifieraient des places, soit qu'elles appartinssent à sa majesté ou à des particuliers.

Suivant l'art. 27 de l'assemblée de novembre 1583, ceux qui rasent ou démolissent des places ou fortifications sans permission du roi, doivent être condamnés à les rétablir, et à perdre leur droit de justice.

Ceux qui font des amas de poudre et de plomb, ou qui en fabriquent sans la permission du roi, doivent être condamnés à deux mille écus d'amende, conformément à l'art. 173 de l'ordonnance du mois de janvier 1629. Et l'article suivant veut que ceux qui font fondre des canons et d'autres pièces d'artillerie, ou qui en gardent chez eux sans permission, soient punis de peine corporelle, outre la confiscation des choses prohibées.

Les ordonnances de Moulins et de Blois, et les déclarations des 29 novembre 1565 et 25 août 1570, déclarent criminels de Lèse-Majesté au second chef ceux qui font des levées de deniers sur le peuple sans lettres patentes du roi. La peine, en cas pareil, est la confiscation de corps et de biens.

Il doit en être usé de même à l'égard de ceux qui falsifient les sceaux du roi, ou qui fabriquent de la fausse monnaie.

Ceux qui attentent à la personne des magistrats dans leurs fonctions, ou même des huissiers lorsqu'ils font des actes de justice, doivent être punis de mort, sans aucune espérance de grace. C'est ce qui résulte de l'art. 1 de l'édit d'Amboise du mois de janvier 1572; de l'art. 190 de l'ordonnance de Blois, et de l'art. 4 du tit. 16 de l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670.

Mézerai rapporte que le sieur Jourdain, seigneur de Lille, ayant tué un huissier qui l'avait assigné à comparaître au parlement, fut condamné par arrêt à être traîné à la queue d'un cheval, et pendu au gibet de Paris.

L'art. 22 de l'assemblée de novembre 1583 défend à tout officier du roi de sortir du royaume sans permission par écrit de sa majesté, à peine de privation d'office. Et l'art. 23 fait la même défense aux prélats du royaume, à peine de saisie de leur temporel et de la perte des fruits de leurs bénéfices pendant leur absence.

L'édit du mois d'août 1669 et la déclaration du 14 juillet 1682 ont défendu aux sujets du roi, de quelque qualité et condition qu'ils fussent, d'aller s'établir dans les pays étrangers, et d'y transporter leur famille, sous peine de confiscation de corps et de biens.

[[*V.* les sect. 4 et 5 du tit. 1 de la seconde partie du Code pénal du 25 septembre 1791, la loi du 27 germinal an 4, et les mots *anonyme*, *concussion*, *émigration*, *monnaie*, *péculat*, *poudre*, *rébellion*, etc.]]

V. On observe, pour la punition du crime de Lèse-Majesté différentes règles qui n'ont pas lieu dans la punition des autres crimes.

1° Les biens de ceux qui sont condamnés comme criminels de Lèse-Majesté au premier chef, doivent être confisqués au profit du roi, à l'exclusion des seigneurs hauts-justiciers; cette confiscation doit avoir lieu même dans les coutumes qui rejettent la confiscation; et elle est déchargée de toute dette, hypothèque, douaire et substitution. C'est ce qui résulte d'une déclaration du 10 août 1539. — [[Mais *V. Confiscation.*]]

2° On supprime le nom et les armes de ceux qui sont coupables du crime de Lèse-Majesté au premier chef; et l'on ordonne que leur maison sera rasée, leurs bois de haute futaie coupés jusqu'à une certaine hauteur, leurs armes brisées, et leur nom supprimé. — [[On ne fait plus rien de tout cela aujourd'hui.]]

3° Quoiqu'en matière de crime, on tienne pour principe, qu'il n'y a que celui qui l'a commis, qu'on puisse punir, on étend néanmoins, en matière de crime de Lèse-Majesté au premier chef, la punition aux ascendans et aux descendans du coupable, afin d'inspirer plus d'horreur d'un tel crime. C'est ainsi qu'on en a usé envers les ascendans et la postérité de Ravaillac et de Damiens. — [[Cette

Source : BIU Cujas

jurisprudence est abolie par l'art. 1 de la loi du 21 janvier 1790.]]

4° La punition du crime de Lèse-Majesté au premier chef a lieu contre les coupables, même après leur mort; et elle s'exécute contre leur cadavre et contre leur mémoire, par la suppression de leurs noms et de leurs armes, en les traînant sur la claie, etc. — [[Mais *V. Cadavre*, n. 5.]]

5° Non seulement on punit les complices du crime de Lèse-Majesté au premier chef de la même manière que les principaux auteurs, mais encore ceux qui ont approuvé ce crime. C'est ainsi que, par arrêt du 26 juin 1590, Edmond Bourgoin, prieur des Jacobins de Paris, fut condamné à être tiré à quatre chevaux, pour avoir loué publiquement Jacques Clément, assassin de Henri III. — [[*V. Complice*, n. 1.]]

6° Suivant l'ordonnance du 22 décembre 1477, et l'art. 2 de l'assemblée de novembre 1583, on doit punir de mort ceux qui, ayant eu connaissance d'une conspiration contre l'État ou contre la personne du roi, ne l'ont point révélée. — C'est ainsi qu'en 1523, le parlement de Paris condamna le sieur de Saint-Vallier à avoir la tête tranchée, parcequ'ayant su l'entreprise de Charles de Bourbon lorsqu'il quitta la France, il ne l'avait point révélée. — Par un autre arrêt du mois d'octobre 1603, un jardinier de Henri IV, à qui un gentilhomme du Dauphiné avait proposé de l'argent pour empoisonner ce prince, fut condamné à être pendu, pour n'avoir point révélé cette proposition. — Par un troisième arrêt du 12 septembre 1642, M. de Thou fut condamné à avoir la tête tranchée, pour avoir su la conspiration de M. de Cinqmars, son ami, et ne l'avoir point révélée. — [[Mais *V. Confession sacramentelle.*]]

7° On punit pareillement de mort ceux qui ont eu la pensée de commettre le crime de Lèse-Majesté au premier chef, quoique cette pensée n'ait produit aucun effet: il suffit pour cela qu'elle soit justifiée par témoins ou par l'aveu de celui qui l'a eue. C'est ainsi qu'un gentilhomme revenu d'une maladie dangereuse, durant laquelle il s'était confessé d'avoir eu la pensée de tuer le roi Henri II, fut, sur cette confession dont le confesseur avait donné avis au procureur général, condamné à être décapité aux halles; ce qui fut exécuté. — Par un autre arrêt du 11 janvier 1595, un vicaire de Saint-Nicolas-des-Champs fut condamné à être pendu, pour avoir dit, qu'*il se trouverait quelqu'un de bien, comme le frère Jacques Clément, pour tuer Henri IV, ne fût-ce que lui.*

Par un autre arrêt du mois de novembre 1591, le grand conseil condamna à mort un jeune novice carme, âgé à peine de 12 ans, pour avoir dit, en tenant un couteau, qu'il pourrait bien un jour être un autre Jacques Clément. — [[*V. Confession sacramentelle*, *Conspiration* et *tentative de crime.*]]

8° Il n'y a, suivant l'art. 11 du tit. 1 de l'ordonnance du mois d'août 1670, que les baillis et sénéchaux royaux qui puissent connaître du crime de Lèse-Majesté humaine en tous ses chefs. — Observez neanmoins que cette règle reçoit une exception à l'égard du crime de Lèse-Majesté au premier chef: le parlement en connaît seul, la grand'chambre assemblée. Cet usage est fondé sur l'ordonnance de Charles VIII, du mois de juillet 1493, qui a permis à cette cour de connaître immédiatement en première instance, des faits graves qui intéressent l'ordre public et la police générale. Ce même usage se trouve confirmé par plusieurs exemples. En effet, c'est la grand'chambre du parlement qui a jugé Jean Châtel, Guignard, Ravaillac, Damiens, etc. — [[Aujourd'hui, c'est à la haute-cour impériale qu'appartient la connaissance de ces crimes. *V. Haute-Cour impériale.*]]

9° On admet toutes sortes de personnes, même les infâmes, à dénoncer le crime de Lèse-Majesté; et si les dénonciateurs viennent à succomber faute de preuves, on ne doit point prononcer de dommages et intérêts contre eux: cette règle a été établie, afin que la crainte de payer des dommages et intérêts ne pût pas être un obstacle à la découverte d'un crime tel que celui dont il s'agit. — Cependant, si la calomnie était évidente ou prouvée, on punirait de mort le dénonciateur. C'est ainsi qu'en 1617, le sieur de Gigné fut condamné à avoir la tête tranchée, pour avoir dit faussement que le duc de Vendôme voulait attenter à la personne du roi. — Par un autre arrêt du 14 mai 1585, le grand conseil condamna le sieur Montaud à être décapité, pour avoir dit faussement que le duc d'Elbœuf lui avait fait offrir dix mille écus, afin de faire mourir le roi. — [[Mais *V. Calomnie.*]]

10° On punit aussi de mort ceux qui donnent de faux avis en matière de crime de Lèse-Majesté au premier chef. C'est ainsi que, par jugement souverain rendu au présidial d'Orléans, le 23 novembre 1669, Anne Tavernier fut condamnée à être pendue, pour avoir donné avis par écrit que le sieur Rossignol et le sieur Morry, habitans de Châteaudun, avaient formé le projet d'attenter à la personne du roi. — Par arrêt du 1er février 1762, le parlement de Paris condamna un garde du roi à être pendu, pour avoir faussement assuré qu'on voulait attenter à la personne de Louis XV. — [[Aujourd'hui, il n'y a plus qu'un cas où ces faux avis puissent être punis. *V.* la loi du 6 floréal an 2, rapportée à l'article *Calomnie*, n. 3.]]

11° Le crime de Lèse-Majesté ne se prescrit par aucun laps de temps quel qu'il soit. (M. Guyot.) *

[[Aujourd'hui, ce crime se prescrit par le même laps de temps que les autres. *V. Prescription.*]]

* LÉSION. Dommage, tort, préjudice qu'on souffre en quelque transaction, en quelque marché, en quelque contrat.

§. I. *De la lésion dans la vente.*

I. Lorsque dans la vente d'un immeuble, il y a

Source : BIU Cujas

une Lésion énorme, c'est-à-dire d'outre moitié du juste prix, le vendeur a une action pour faire rescinder le contrat de vente : d'où il suit que quand le vendeur a fait prononcer cette rescision, il peut répéter l'immeuble qu'il avait vendu, de même que l'acheteur peut répéter le prix qu'il en avait payé.

Cependant, comme la rescision de la vente n'est fondée que sur le préjudice exorbitant qui résulte au vendeur, il faut en conclure que l'acheteur peut empêcher cette rescision, en faisant cesser ce préjudice par des offres de suppléer ce qui manque au juste prix. Un tel supplément ne laisse plus aucun sujet de plainte au vendeur, et rend le contrat valable, pourvu qu'il ne renferme point d'autre vice ; car s'il est infecté de dol ou de violence, etc., les offres de faire cesser la Lésion, n'en peuvent pas empêcher la rescision.

[[Tout cela est ainsi réglé par un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien, qui forme la loi 2, C. *de rescindendâ venditione*, au Code : *Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate judicis intercedente ; vel, si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*

Cette loi a été constamment observée dans toute la France, jusqu'au 14 fructidor an 3. Mais à cette époque, il est intervenu une loi par laquelle « l'action de rescision des contrats de vente ou équipollens à vente, entre majeurs, pour Lésion d'outre moitié, (a été) abolie à l'égard des ventes qui seraient faites à compter du jour de la publication de la présente loi ».

Le Code Napoléon rétablit cette action, mais seulement pour le cas où la Lésion excèderait les sept douzièmes du prix. Voici ses termes :

« *Art.* 1674. Si le vendeur est lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente....

» 1677. La preuve de la Lésion ne pourra être admise que par jugement, et dans le cas seulement où les faits articulés seraient assez vraisemblables et assez graves pour faire présumer la Lésion.

» 1678. Cette preuve ne pourra se faire que par un rapport de trois experts, qui seront tenus de dresser un seul procès-verbal commun, et de ne former qu'un seul avis à la pluralité des voix.

» 1679. S'il y a des avis différens, le procès-verbal en contiendra les motifs, sans qu'il soit permis de faire connaître de quel avis chaque expert a été.

» 1680. Les trois experts seront nommés d'office, à moins que les parties ne se soient accordées pour les nommer tous les trois conjointement.

» 1681. Dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix, ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total. — Le tiers possesseur a le même droit, sauf sa garantie contre son vendeur.]]

II. La décision de la loi 2, C. *de rescindendâ venditione*, suivant laquelle le contrat de vente d'un immeuble peut être rescindé pour cause de Lésion d'outre moitié de juste prix, ne doit pas être étendue aux ventes d'immeubles qui se font par décret forcé. C'est ce qu'observe Dumoulin sur l'art. 487 de la coutume de Bourbonnais.

Cette coutume, et celles d'Auvergne, de Cambresis, d'Anvers et de Ruremonde, ont prévu le cas dont il s'agit, et elles ont toutes prononcé en faveur de l'adjudicataire. En effet, comme il n'a contracté qu'avec la justice, on ne peut pas supposer qu'il ait trompé le propriétaire de l'immeuble décrété ; d'ailleurs il est présumable qu'un tel immeuble a porté à sa juste valeur par les enchères auxquelles les juges ont admis quiconque s'est présenté. Enfin, la foi publique, sous laquelle se font ces sortes de ventes, doit les mettre hors de toute atteinte.

[Le parlement de Flandre a jugé conformément à cette jurisprudence, dans l'espèce suivante : — Les créanciers du nommé Morel avaient fait décréter sur lui un héritage qu'il possédait à Pecquencourt, en Hainaut; Isidore Agache s'en était rendu adjudicataire pour le prix de 2500 liv. Huit ou neuf années après, Jean-Baptiste Morel, fils et cessionnaire du débiteur, prit des lettres de rescision contre la vente, sous prétexte qu'elle avait été faite à vil prix : et comme le décret avait été poursuivi au parlement de Flandre, il présenta requête à cette cour, et demanda à prouver qu'il y avait Lésion d'outre moitié. Il citait *Curtius Burgensis*, liv. 9, ch. 10; les Institutions au droit belgique de Deghewiet, Dunod en son *Traité des prescriptions*, un arrêt du parlement de Flandre du 19 juillet 1675, deux autres du grand conseil de Malines, du mois d'octobre 1622 et du 19 avril 1624. — Je répondais pour Isidore Agache, que s'il y a un principe constant dans toute la jurisprudence, c'est celui qui met les ventes par décret forcé à l'abri de la rescision, pour cause de Lésion d'outre moitié. — Ce principe, ajoutais-je, est fondé en raison : la foi publique, sous laquelle sont faites ces ventes, les met hors de toute atteinte; les enchères, les différentes remises qui s'y observent, font nécessairement présumer que l'héritage a été porté à son juste prix : d'ailleurs l'adjudicataire ne contracte qu'avec la justice, et par conséquent on ne peut jamais dire qu'il ait trompé le propriétaire du bien décrété. — Ce n'est pas tout : le droit romain proscrit formellement toute demande en rescision contre ces sortes de ventes. La loi 1, C. *de prædiis decurionum*, et plusieurs autres, y sont précises. — Nous avons six coutumes qui en décident de même, Cambresis, Anvers, Ruremonde, Auvergne, la Marche, Bourbonnais. — Loysel en a même fait une de ses règles de droit coutumier. — Enfin la jurisprudence des arrêts met le sceau à cette ma-

Source : BIU Cujas

xime : Dumoulin, sur la coutume de Bourbonnais, dit en avoir vu rendre plusieurs conformes à la disposition de cette loi municipale. Brodeau, sur Louet, lettre D. §. 33, en rapporte deux des 5 janvier 1601 et 5 mai 1640; Denizart, au mot *Enchères*, nous en fournit un autre du 21 avril 1760. Maynard, liv. 7, chap. 74, en rapporte un semblable rendu au parlement de Toulouse en 1572. Bouvot, tome 2, article *Criées*, quest. 42, assure qu'il a été jugé de même au parlement de Dijon, le 22 septembre 1600. C'est aussi ce qu'a fait le conseil souverain de Hollande, par un arrêt du 10 mai 1594, qui est inséré dans le Recueil de Neostadius, décis. 75. — Par arrêt du 7 mars 1781, Morel a été débouté de sa demande, et condamné aux dépens.]

[[L'art. 1684 du Code Napoléon confirme et étend cette jurisprudence : la rescision par Lésion, porte-t-il, « n'a pas lieu en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice ».]]

III. Observez que le juste prix que l'acheteur peut suppléer pour empêcher l'effet de la Lésion, n'est pas le prix de ce que la chose vendue vaut actuellement, mais celui qu'elle valait au temps du contrat. C'est une conséquence de ce que ce supplément a pour objet de réformer ce qu'il y avait d'injuste dans la convention.

Il suit de là qu'on ne doit pas, dans l'estimation de cet héritage, avoir égard à la découverte que l'acquéreur a pu faire d'un trésor ou d'une mine depuis le contrat. Cette découverte est une bonne fortune sur laquelle le vendeur n'a rien à prétendre.

[[L'art. 1675 du Code Napoléon porte que « pour savoir s'il y a Lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente ».]]

IV. On a demandé si l'acheteur qui suppléait le juste prix, devait aussi les intérêts du supplément à compter du jour qu'il était entré en jouissance de la chose vendue ? Cujas a adopté l'affirmative, sur le fondement que les intérêts du prix sont l'équivalent de la jouissance de la chose, et qu'il ne serait pas juste que l'acquéreur jouît tout à la fois et de la chose et du prix. Mais cette opinion n'a pas prévalu, et l'on a décidé que la loi que nous avons citée plus haut, n'assujettissant pas l'acheteur à ajouter au supplément les intérêts, ils ne pouvaient être dus que du jour de la demande. Expilly rapporte un arrêt du parlement de Grenoble, qui l'a ainsi jugé. Tel est aussi l'avis de Despeisses et celui de Domat. — Cette décision est fondée sur ce qu'on ne doit pas présumer que l'acheteur ait connu la Lésion, tant que le vendeur ne s'en est pas plaint et ne la lui a pas fait connaître : ainsi, l'acheteur doit être réputé avoir été jusqu'à ce temps possesseur de bonne foi de l'héritage, et avoir eu, en cette qualité, le droit d'en jouir, sans être obligé de payer cette jouissance par les intérêts du supplément du juste prix.

[[Cette opinion est consacrée par l'art. 1682 du Code Napoléon : « Si l'acquéreur (ce sont ses termes), préfère garder la chose en fournissant le supplément réglé par l'article précédent, il doit l'intérêt du supplément, du jour de la demande en rescision. — S'il préfère la rendre et recevoir le prix, il rend les fruits du jour de la demande. — L'intérêt du prix qu'il a payé, lui est aussi compté du jour de la même demande, ou du jour du paiement, s'il n'a touché aucuns fruits ».]]

V. Lorsque le vendeur a laissé plusieurs héritiers, chacun d'eux ne peut intenter l'action qui résulte de la Lésion d'outre moitié de juste prix, ni prétendre la restitution de l'héritage vendu, que relativement à la part dont il est héritier; et si quelques uns des cohéritiers ne se plaignent pas du contrat, l'acheteur est le maître de garder leurs parts.

Remarquez néanmoins que l'acheteur n'ayant acquis l'héritage que pour le posséder en totalité, il peut, lorsqu'il est assigné de la part d'un héritier, appeler les cohéritiers, et conclure à ce qu'ils aient à se régler entre eux pour reprendre l'héritage en entier et lui en restituer le prix, sinon qu'il soit renvoyé de la demande. Cette décision est fondée sur ce qu'il faut, par la nature de l'action dont il s'agit, que les parties soient remises au même état qu'elles étaient avant l'acte dont la rescision est demandée : or, il est évident que si l'acheteur était obligé de conserver une portion de l'héritage qu'il n'eût pas voulu acheter sans les autres, il ne serait pas remis au même état qu'il était avant le contrat de vente.

Si c'était l'acheteur qui eût laissé plusieurs héritiers, le vendeur pourrait incontestablement exercer l'action qui résulte de la Lésion d'outre moitié de juste prix, contre l'un de ces héritiers, sans qu'il fût obligé de l'exercer contre les autres; et il en serait de même si l'héritage avait été vendu à divers acheteurs.

[[L'art. 1685 du Code Napoléon déclare que « les règles expliquées dans la section précédente, pour les cas où plusieurs ont vendu (avec faculté de rachat) conjointement ou séparément, et pour celui où le vendeur ou l'acheteur a laissé plusieurs héritiers, sont pareillement observées pour l'exercice de l'action en rescision ». *V. Faculté de rachat*, n. 16.]]

VI. Pour qu'un vendeur lésé puisse faire rescinder le contrat de vente, il faut que ce soit un immeuble ou un droit immobilier qui ait été vendu : car s'il ne s'agissait que d'une vente d'effets mobiliers, la Lésion d'outre moitié de juste prix ne suffirait pas pour la faire rescinder.

Dumoulin a prétendu qu'il fallait excepter de cette règle les meubles de prix qui ne sont pas d'un commerce ordinaire, comme une pierre précieuse, un tableau de quelque peintre célèbre, etc.; mais la jurisprudence n'a point adopté cette ex-

Source : BIU Cujas

ception. — [[Elle est également proscrite par l'art. 1674 du Code Napoléon. *V.* ci-devant, n. 1.]]

VII. Régulièrement une vente de droits successifs ne doit pas être rescindée pour cause de Lésion d'outre moitié de juste prix. [[*V. Droits successifs*, n. 7.]]

VIII. La Lésion ne peut guère non plus être un motif suffisant pour faire rescinder une vente faite afin de créer une rente viagère. La raison en est, que cette Lésion ne peut exister à l'instant de la vente, et qu'elle dépend d'un événement incertain. En effet, si le vendeur peut tout perdre en mourant immédiatement après que le contrat est passé, il peut gagner beaucoup par une longue vie. Il faudrait, pour qu'il y eût Lésion en pareil cas, que la disproportion entre le produit de l'immeuble et la rente viagère qui en serait le prix, fût très considérable, ou que le vendeur fût menacé d'une mort très prochaine.

Dans ce second cas, en effet, on peut dire que le malade s'oblige seul, et que l'acquéreur contracte avec la certitude de ne rien payer.

[Le sieur Malfilastre devait au sieur Viguier, curé de Briosne, une rente de 150 liv. — En 1773, le sieur Viguier s'étant fait faire l'amputation d'une loupe qu'il avait à l'épaule, il se forma, à l'endroit même, un cancer communiquant à la poitrine, qui fit un tel progrès, qu'au mois d'août 1776, il tombait journellement de la place, des parties de chair corrompues, qui, occasionnant des hémorrhagies; mettaient la vie du malade dans le plus grand danger. — Le 7 octobre de la même année, le sieur Malfilastre fit avec le sieur Viguier, un acte par lequel celui-ci reconnut avoir précédemment reçu la somme de 500 livres sur le capital de la rente de 150 livres, et convint qu'au lieu des 125 livres restans, le sieur Malfilastre lui ferait 250 livres de rente viagère. — Le sieur Viguier mourut le 25 novembre suivant. — Les sieurs Helène et Leboucher, héritiers du sieur Viguier, obtinrent contre l'acte dont il s'agit, des lettres de rescision, fondées sur les faits que l'on vient de rapporter. — Le premier juge entérina ces lettres. — Sur l'appel qu'en interjeta le sieur Malfilastre au parlement de Rouen, il disait que le sieur Viguier ne lui avait rien vendu; qu'il avait seulement consenti à l'extinction d'une rente qui lui était due; qu'une libération était favorable; qu'une quittance expédiée par un créancier à son débiteur, n'est point du nombre des actes qui peuvent être rescindés pour cause de Lésion, à moins qu'il n'y ait dol personnel; que la quittance était du 7 octobre, et que le sieur Viguier n'était mort que quarante-quatre jours après, d'une fièvre putride, qui lui était survenue au commencement de novembre; enfin, que les héritiers n'alléguant ni violence, ni surprise, ils étaient non recevables dans l'obtention de leurs lettres, parceque le principe de la rescision ne peut se rencontrer dans un contrat dont la perte ou le profit dépend d'un hasard absolument incalculable. — Nonobstant ces raisons, par arrêt du premier juillet 1779, la sentence a été confirmée.]

[[Nous reviendrons sur cette question à l'article *Rente viagère*, et l'on y verra quelles sont là-dessus les dispositions du Code Napoléon.]]

IX. Le juste prix d'un héritage pour la vente duquel il faut payer des droits seigneuriaux considérables, le centième denier, etc., peut être envisagé sous deux rapports : ou relativement au vendeur qui pourrait conserver son héritage sans payer aucun de ces droits, ou relativement à l'acheteur pour qui ces droits font partie du prix de la vente. Il est clair que l'héritage ne doit pas être vendu pour le prix qu'il vaut en soi, et que les droits à payer pour l'acquisition doivent diminuer ce prix. Par exemple, en supposant qu'un héritage féodal, sujet au droit de quint en cas de vente, ait une valeur réelle de 30,000 livres, le juste prix est, eu égard à ce qu'il en coûte pour l'acquisition, d'environ 24,000 livres. — On demande en conséquence si, pour qu'il y ait lieu à rescinder le contrat, il faut que le prix pour lequel l'héritage a été vendu soit au-dessous de 12,000 livres, ou s'il suffit qu'il soit au-dessous des 15,000 l. faisant la moitié de ce que l'héritage vaut en soi et relativement au vendeur. — Dumoulin cite un arrêt du 31 décembre 1557, qui a jugé que pour une telle rescision, il suffisait que le prix fût au-dessous de ce qu'au temps du contrat l'héritage valait en soi et par rapport au vendeur. Ainsi, dans l'espèce proposée, il suffirait que l'héritage n'eût été vendu que 14,900 livres, pour qu'il y eût Lésion d'outre moitié de juste prix. La raison en est, que le vendeur a réellement souffert une perte de plus de moitié de ce que l'héritage valait relativement à lui, et que c'est par rapport à lui que la Lésion s'estime.

Observons néanmoins que si, par le contrat, l'acquéreur s'est chargé d'un risque dont le vendeur aurait été tenu s'il eût conservé l'héritage, il faut, pour déterminer si la vente a été faite au-dessous du juste prix, ajouter au prix principal la somme à laquelle peut être apprécié le risque dont s'est chargé l'acquéreur à la décharge du vendeur. Tel serait, par exemple, le cas où l'acquéreur aurait pris à sa charge une certaine espèce d'éviction, ou se serait obligé de revendiquer à ses risques une partie de la chose vendue, dont un usurpateur se serait emparé.

X. L'action qui résulte de la Lésion d'outre moitié de juste prix, doit être exercée dans les dix années à compter du jour de la vente; et il faut, pour cet effet, prendre des lettres en chancellerie, parcequ'en France, les personnes capables de contracter ne peuvent être admises à revenir contre leurs propres contrats, que par l'autorité du souverain. Quand le vendeur a laissé quelque héritier mineur, ce temps ne court pas durant sa minorité.

[[L'art. 1676 du Code Napoléon établit là-dessus des règles tout-à-fait nouvelles :

Source : BIU Cujas

« La demande (porte-t-il), n'est plus recevable après l'expiration de deux années, à compter du jour de la vente. — Ce délai court contre les femmes mariées, et contre les absens, les interdits et les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu. — Ce délai court aussi et n'est pas suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte de rachat ».]]

XI. On a demandé si l'action dont il s'agit, pourrait être exercée, dans le cas où il aurait été stipulé par le contrat, que le vendeur renonçait au bénéfice de la restitution accordée par la loi 2, *C. de rescindendâ venditione.*

Fachinée a prétendu qu'en pareil cas, le vendeur devait être déclaré non recevable, sur le fondement qu'il est permis à chacun de renoncer aux lois qui sont introduites en sa faveur, et qui ne concernent qu'un intérêt particulier; et qu'un tel vendeur doit être assimilé aux cautions, lesquelles peuvent valablement renoncer à l'édit d'Adrien qui leur accorde le bénéfice de division, et à la novelle de Justinien qui leur accorde le bénéfice de discussion.

Mais Pothier pense fort bien, d'après Covarruvias, que la renonciation à la restitution accordée par la loi citée, ne doit être d'aucune considération pour empêcher la rescision du contrat. En effet, l'erreur dans laquelle était le vendeur sur la véritable valeur de l'héritage, ou les circonstances qui l'ont obligé de vendre à vil prix, l'ont pareillement déterminé à faire la renonciation dont il s'agit: d'où il suit, qu'il ne doit pas moins être restitué contre cette renonciation que contre le contrat de vente: s'il en était autrement, la loi par laquelle on a voulu réprimer la cupidité de ceux qui profitent du besoin des autres pour les dépouiller de leurs biens, en les achetant beaucoup au-dessous de la valeur réelle, serait une loi illusoire, attendu que ces sortes d'acheteurs ne manqueraient pas de faire insérer dans le contrat, la renonciation du vendeur au bénéfice de cette loi. Automne rapporte d'ailleurs un arrêt de 1563, qui a jugé conformément à cette dernière opinion; — [[Et l'art. 1674 du Code Napoléon l'érige en loi: il admet le vendeur à demander la rescision de la vente pour Lésion de plus de sept douzièmes du prix, « quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat, à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value ».]]

XII. L'acheteur qui, à cause de la Lésion d'outre moitié de juste prix, est obligé de rendre l'héritage, doit aussi rendre tout ce qui y est accessoire, à l'exception des fruits: c'est pourquoi, si, depuis son acquisition, on a trouvé un trésor dans l'héritage, le tiers qui lui a été attribué dans ce trésor, en qualité de propriétaire du fonds, doit être rendu avec l'héritage au vendeur, attendu que ce trésor est pour cette partie une sorte d'accessoire de l'héritage, et qu'on ne peut pas dire que c'en soit un fruit.

Si l'héritage a été dégradé par l'acheteur contre qui l'action rescisoire est exercée, il doit faire raison des dégradations dont il a profité. Ainsi, dans le cas où l'acheteur aurait abattu un bois de haute futaie ou vendu les matériaux d'un édifice, il faudrait qu'il rendît le prix qu'il aurait tiré de cette futaie ou de ces matériaux.

Mais il en serait différemment si l'acheteur n'avait point profité des dégradations, qu'elles n'eussent pour cause que sa négligence, et qu'il pût être réputé possesseur de bonne foi; en cas pareil, il ne serait pas tenu de faire raison de ces dégradations. Cette décision est fondée sur ce qu'on peut négliger un héritage dont on se croit propriétaire légitime et incommutable.

Quelques docteurs ont pensé que le vendeur qui exerçait l'action rescisoire, n'était pas obligé de rembourser à l'acheteur les impenses qu'il avait faites sur l'héritage: ils ont fondé leur opinion sur ce que ce dernier est, en pareil cas, maître de ne pas perdre ses impenses, attendu qu'en suppléant le juste prix, il peut retenir l'héritage. Mais cette raison est insuffisante: il est possible que la situation des affaires de l'acheteur ne lui permette pas de suppléer le juste prix; et si, pour cela, il perdait ses impenses, le vendeur en profiterait et s'enrichirait à ses dépens; ce qui serait injuste. Il faut donc au contraire tenir pour principe, que le vendeur qui exerce l'action rescisoire, doit faire raison à l'acheteur des impenses qu'il a faites sur l'héritage.

Mais pour connaître jusqu'où doivent s'étendre à cet égard les obligations du vendeur, il faut distinguer trois sortes d'impenses: savoir, celles qui sont nécessaires, celles qui ne sont qu'utiles, et celles qui ne sont que de pur agrément.

Celles de la première espèce doivent sans difficulté être remboursées à l'acheteur: cependant, s'il les a payées beaucoup plus qu'elles ne valent, le vendeur ne doit pas en souffrir, et il n'est obligé de les rembourser que jusqu'à concurrence de ce qu'elles ont dû coûter légitimement.

Les impenses nécessaires doivent être remboursées, non seulement lorsqu'elles existent, mais même lorsqu'il n'en reste plus rien; comme dans le cas où l'acheteur aurait reconstruit une digue, que depuis une inondation aurait détruite: la raison en est, que le vendeur est toujours censé en profiter, en ce qu'il a conservé les deniers que ces impenses qu'il eût été obligé de faire, lui auraient coûté s'il n'eût pas vendu son héritage.

Quant aux impenses utiles, comme l'acheteur a pu se dispenser de les faire, le vendeur ne serait pas tenu de les lui rembourser, si elles ne subsistaient plus au moment que s'exerce l'action rescisoire: et si elles subsistent, le vendeur n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la valeur dont elles ont augmenté l'héritage. Il faut même observer que si ces impenses étaient de telle conséquence que le vendeur ne pût les rembourser, et

Source : BIU Cujas

qu'il parût que l'acheteur les a particulièrement faites pour empêcher l'exercice de l'action rescisoire, le juge pourrait dispenser le vendeur de les rembourser, en permettant à l'acheteur d'enlever ce qui pourrait s'enlever. En cela, l'acheteur n'aurait pas à se plaindre, attendu la liberté qu'il aurait de conserver l'héritage avec les améliorations, en suppléant le juste prix.

A l'égard des impenses qui ne sont que de pur agrément, il est constant que l'acheteur n'est nullement fondé à en répéter la valeur; il doit seulement lui être permis d'enlever ce qui peut être enlevé. *V. Améliorations* et *Impenses.*

XIII. Quand le vendeur rentre dans son héritage, en vertu de l'action qui résulte de la Lésion d'outre moitié de juste prix, il le reprend tel qu'il était avant la vente qu'il en a faite, c'est-à-dire, exempt des hypothèques, servitudes et droits réels que l'acquéreur ou ses successeurs y ont imposés.

[[Le Code Napoléon suppose clairement dans son 1681e article rapporté ci-dessus, n. 1, que la restitution peut être demandée contre le *tiers-possesseur;* et l'art. 2125 du même Code, rapporté au mot *Échange*, n. 2, prouve d'une manière sans réplique, que les hypothèques dont l'acquéreur a grevé l'immeuble pendant sa jouissance, s'évanouissent du moment que le contrat de vente est rescindé pour cause de Lésion.]]

§. II. *De la Lésion dans l'achat.*

Si l'acheteur souffre une Lésion énorme dans le prix, a-t-il aussi une action rescisoire pour faire annuller le contrat? Dumoulin, Pothier et plusieurs autres soutiennent l'affirmative, par la raison que, étant de la nature des contrats commutatifs qu'une des parties ne donne ce qu'elle donne que pour en recevoir l'équivalent, ces contrats sont vicieux, et, comme tels, doivent être rescindés, lorsqu'une des parties y souffre une Lésion énorme: ils prétendent que cette décision ne doit pas moins s'appliquer à l'acheteur qu'au vendeur.

Cujas et Automne sont d'une opinion contraire, et pensent que l'acquéreur majeur ne peut faire résoudre la vente sous le prétexte de la Lésion qu'il souffre, attendu, dit Automne, que cette Lésion est dans le prix, qui est une chose mobilière, et que, selon notre droit français, les conventions relatives aux choses mobilières, ne peuvent pas être rescindées pour cause de Lésion. On présume d'ailleurs que l'acquéreur n'a acheté que par une suite de son affection et pour payer celle que le vendeur avait lui-même pour la chose vendue; ce qui ne peut pas s'apprécier.

On peut ajouter que, selon la jurisprudence antérieure aux empereurs Valentinien et Maximien, un contrat de vente, revêtu de ses formalités, ne pouvait plus être rescindé, même pour cause de Lésion énorme, et que ces empereurs ayant jugé à propos d'accorder le bénéfice de restitution en faveur du vendeur lésé d'outre moitié de juste prix, ce n'a été qu'en sa faveur qu'ils ont fait une exception à la règle générale: en effet, la loi 2, C. *de rescindendâ venditione*, ne parle que du vendeur, et non de l'acheteur; elle n'est par conséquent qu'une exception en faveur du premier: or, il est de principe que les exceptions sont de droit étroit et doivent être restreintes au cas qu'elles décident: d'où il faut tirer la conséquence, que la loi citée n'ayant pas dérogé au droit commun en faveur de l'acheteur, il ne peut point exercer d'action rescisoire pour cause de Lésion.

Cette dernière opinion a prévalu; au moins voyons nous que, par arrêt du 10 juillet 1675, rapporté au Journal du palais, le parlement de Paris a confirmé une sentence du présidial de Poitiers qui avait débouté un acquéreur de sa demande en entérinement des lettres qu'il avait obtenues pour être remis au même état qu'il était avant l'acquisition qu'il avait faite de certains héritages.

Maynard atteste que la même jurisprudence est suivie au parlement de Toulouse: Salvaing et Chorier en disent autant du parlement de Grenoble.

Nous dirons encore que, par sentence du 29 août 1760, le châtelet de Paris a débouté l'acquéreur d'une terre située en Beauce, de sa demande en entérinement des lettres de rescision qu'il avait obtenues sous prétexte de Lésion énorme.

[La question s'est représentée depuis peu, et elle a encore été jugée de même.

Le sieur C.... était propriétaire d'une maison agréable, située dans un des faubourgs de Lyon: il l'avait achetée 16,000 livres, et avait payé de plus 6000 livres pour les meubles. Depuis, il avait dépensé 16,000 livres en réparations. En 1776, le sieur de M...., chanoine de...., fort âgé et valétudinaire, a loué cette maison moyennant 1200 liv. par an. Le propriétaire s'y est réservé, par le bail, un logement au premier. — Quelque temps après, le sieur de M.... voulut s'assurer une plus longue jouissance; il se fit passer un second bail de neuf ans pour commencer à la suite du premier: le prix en fut porté à 1800 livres. — La perspective d'une jouissance de dix-huit ans ne satisfaisait point encore le sieur de M....; il craignait que cette maison n'excitât l'envie de quelques riches particuliers, qui proposassent au sieur C.... d'acheter sa maison à des conditions si avantageuses qu'il ne pût s'y refuser. — Il fit proposer au sieur C.... de lui vendre sa maison à vie. Celui-ci y consentit moyennant 24,000 livres, et 4000 livres d'épingles, payables en quatre lettres de change de 1000 livres chacune. Pour payer le principal de cette acquisition, le sieur de M.... n'ayant de fortune réelle que le revenu de ses bénéfices, montant à 35,000 liv., prit le parti d'en déléguer 8000 livres à prendre pendant trois ans. — Harcelé par des créanciers qu'il ne pouvait satisfaire, le sieur de M.... leur fit part de sa situation, et leur proposa l'abandon des revenus de ses bénéfices, avec la réserve d'une pension; il leur déclara qu'ils étaient grevés pendant trois

Source : BIU Cujas

ans de 8000 livres pour payer la maison qu'il avait achetée à vie du sieur C.... — Les créanciers acceptèrent l'abandon et le firent signifier aux fermiers des revenus des bénéfices, pour qu'ils eussent à payer entre leurs mains. — Ceux-ci leur dénoncèrent les oppositions du sieur C.... Les créanciers en demandèrent la main-levée, et engagèrent le sieur de M.... à prendre des lettres de rescision contre la vente qui lui avait été faite de la maison dont il s'agit. Le sieur de M.... obtint en effet ces lettres et en demanda l'entérinement à la sénéchaussée de Lyon. — Les créanciers du chanoine sont intervenus pour adhérer à ses conclusions. — Le sieur C.... a soutenu le chanoine et ses créanciers non recevables dans leurs lettres de rescision, et à formé en même temps une demande en condamnation au paiement des lettres de change échues. — Sur cette contestation, sentence qui déclare le chanoine et ses créanciers non recevables dans leur demande en entérinement de lettres de rescision; et faisant droit sur la demande du sieur C...., condamne le chanoine au paiement des lettres de change. — Le chanoine et ses créanciers en ont interjeté appel. — La cause portée à l'audience de sept heures, de la grand'chambre du parlement de Paris, le sieur de M.... a cherché à établir en point de droit, qu'un acquéreur pouvait ainsi qu'un vendeur, se pourvoir par lettres de rescision contre les acquisitions ruineuses qu'il avait faites; il a dit que cette question était, à la vérité, controversée; mais que l'affirmative était soutenue par Dumoulin dans son Traité *de usuris;* par d'Argentrée, et par Pothier, dans son *Traité du contrat de vente.* — Il a rapporté à ce sujet deux arrêts, l'un de 1606, l'autre du 30 août 1658. — Mais, a-t-il ajouté, indépendamment du moyen résultant de la Lésion, il en est un autre constant: c'est que tous les contrats, qui sont les fruits du dol et de la mauvaise foi, doivent être rescindés, quelle que soit la personne qui s'en plaigne; c'est ce qu'établit Pothier en son *Traité du contrat de vente.* — Quant à la Lésion, il l'a fait résulter de l'énormité du prix: vente à vie, faite à une personne plus que sexagénaire, infirme, déjà frappée deux fois de paralysie et d'apoplexie, pour un prix excédant celui que le vendeur a lui-même achetée. A l'égard du dol, le vendeur a profité de la faiblesse d'un vieillard infirme, attaché à sa maison, pour lui donner des inquiétudes mal fondées, et l'engager à acheter, tandis que les deux baux qu'il avait souscrits en faveur du vieillard, assuraient à celui-ci une jouissance excédant le temps que son âge et ses infirmités pouvaient naturellement lui promettre. — Les créanciers ont adhéré aux conclusions du sieur de M....; ils ont représenté l'intérêt qu'ils avaient à tâcher de diminuer les charges dont il avait grevé le revenu de ses bénéfices, revenu qui formait leur seule ressource, et serait insuffisant pour les remplir de leurs créances, si leur débiteur venait à mourir promptement. — Le sieur C.... a écarté en peu de mots les moyens de dol et de Lésion. — « C'est (a-t-il dit), librement, volontairement et en pleine santé de corps et d'esprit, que le sieur de M.... se plaisant dans la maison du sieur C...., et désirant s'assurer toute sa vie le droit d'y rester, a proposé de l'acheter à vie. Le propriétaire a mis à sa maison le prix qu'il a jugé à propos; l'acquéreur l'ayant agréé, est non recevable à prendre des lettres de rescision contre un achat que rien n'a pu le forcer de faire. La question de savoir si l'acquéreur est recevable à revenir contre son acquisition par lettres de rescision, a été à la vérité controversée par les auteurs; mais la jurisprudence actuelle décide toujours contre les acquéreurs. — Au surplus, ce n'est pas ici une acquisition pure et simple: c'est une acquisition à vie, dont le prix est délégué sur des revenus de bénéfices. Dès-lors, c'est un véritable contrat aléatoire, puisque la durée de la vie est incertaine, ainsi que la délégation du paiement; le vendeur aurait pu perdre, si l'acquéreur n'eût pas vécu le temps suffisant pour le payer: or, il est certain que les contrats aléatoires ne sont pas susceptibles d'être rescindés pour cause de Lésion ». — Ces moyen sont prévalu: par arrêt du mardi 18 décembre 1781, l'appellation a été mise au néant, avec amende et dépens.

Le parlement de Flandre avait autrefois une jurisprudence différente. Deghewiet, en ses *Institutions au droit belgique*, rapporte des arrêts de cette cour, qui ont étendu aux acheteurs le bénéfice de la loi 2, C. *de rescindendâ venditione.* Mais cette jurisprudence a été réformée en 1771, par un arrêt rendu en très grande connaissance de cause au rapport de M. Eloy, doyen du parlement; et depuis, on tient constamment à Douai comme à Paris, qu'un acheteur est non-recevable à se plaindre de l'énormité du prix de son achat.]

[[L'art. 1683 du Code Napoléon met le sceau à cette jurisprudence : « La rescision pour Lésion (porte-t-il) n'a pas lieu en faveur de l'acheteur ».]]

§. III. *De la Lésion relativement aux mineurs.*

Un mineur lésé par trop de facilité, soit dans une vente, soit dans un achat, soit dans tout autre acte, même sans dol de la part de celui avec lequel il a contracté, peut être restitué, quelque légère que soit la Lésion. Il peut même l'être pour une simple *Lésion d'affection.*

[On entend par *Lésion d'affection*, celle qui ne consiste que dans la perte d'une valeur arbitraire que l'on attache à certains biens, à cause de l'affection particulière que l'on a pour ces biens.

Le principe que cette espèce de Lésion est, à l'égard des mineurs, un moyen suffisant de restitution, est fondé sur la loi 35, D. *de minoribus*, qui décide que le mineur doit être relevé de l'éviction qu'il souffre par une surenchère faite sur lui, lorsqu'il prouve qu'il était intéressé à la conservation du bien qu'il avait acquis, par exemple, lorsque c'est un bien de ses pères : *Implorans restitutionem in integrum audietur, si ejus interesse*

Source : BIU Cujas

emptam ab eo rem fuisse adprobetur, veluti quòd majorum ejus fuisset.]

[[Nous reviendrons là-dessus à l'article *Mineur*, et nous y retracerons les dispositions du Code Napoléon sur cette matière.]]

§. IV. *De la Lésion dans les partages. — Cas dans lesquels il est ou n'est pas permis de l'alléguer. — Un héritier peut-il s'en prévaloir contre un légitimaire? — Est-elle admissible à l'égard d'une vente par licitation?*

Dans les partages entre cohéritiers majeurs, la Lésion du tiers au quart suffit pour donner lieu à la restitution.

On entend par *Lésion du tiers au quart*, qu'il faut que celui qui se prétend lésé, soit en perte d'une portion qui soit entre le quart et le tiers de ce qui devait lui revenir. Il n'est pas nécessaire qu'il s'en faille d'un tiers entier, mais il faut que la Lésion soit de plus d'un quart : par exemple, s'il devait revenir à l'héritier 12,000 liv. pour sa part, et qu'il n'eût reçu que 8500 liv., la Lésion ne serait pas d'un tiers, qui ferait 4000 liv., mais elle serait de plus d'un quart, puisque le quart ne serait que 3000 liv., et qu'elle se trouverait de 3,500 livres : ainsi, dans ce cas, elle serait du tiers au quart. (M. Guyot.) *

La raison pour laquelle on n'exige pas, en cette matière, une Lésion plus forte pour donner lieu à la rescision, est très sensible : l'égalité parfaite doit être l'objet et le résultat de tout partage ; l'intention des copartageans n'est pas de gagner les uns sur les autres, mais de retirer chacun ce qui lui appartient ; si donc il se rencontre quelque inégalité dans un partage, ce ne peut être que par l'effet d'une erreur ; et cette erreur une fois découverte, rien ne peut en empêcher la rectification. *Majoribus etiam per fraudem vel dolum vel perperàm sine judicio* (1) *factis divisionibus, solet subveniri; quia in bonæ fidei judiciis, quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur.* C'est le texte de la loi 3, C. *communia utriusque judicii, tam familiæ erciscundæ, quàm communi dividundo ;* et l'on voit qu'elle a été placée sous ce titre du Code, pour montrer que la restitution qu'elle ouvre contre de pareils actes, est commune à l'action *familiæ erciscundæ*, qui tend à la division des biens héréditaires entre les héritiers, tout comme à l'action *communi dividundo*, qui n'a pour objet que la division d'un objet commun à plusieurs coportionnaires étrangers, c'est-à-dire que cette restitution a lieu toutes les fois que les parties ont fait un acte sur une chose qui leur appartenait, soit à titre d'hérédité, soit à titre de simple communion.

Cette loi s'applique, même aux majeurs, *majoribus etiam.* Que l'inégalité survenue dans le partage, procède du dol, de la fraude, de l'erreur, peu lui importe : elle ne voit qu'un seul fait, que l'un des copartageans a trop reçu, ou trop donné : cela lui suffit pour ordonner la réformation du partage : *Quod inæqualiter factum est, in melius reformabitur.* Et cette décision a été trouvée si équitable que tous les tribunaux français sans exception, l'ont adoptée : — « Nous avons reçu en France (dit Leprêtre, cent. 3, chap. 123), qu'il suffit pour rescinder le partage, qu'il y ait Lésion notable, comme du tiers ou du quart, parceque sa vraie essence est de bailler à chacun des copartageans des héritages par divis qui soient de pareille valeur que la portion indivise qu'il avait avant le partage. Le partage n'est qu'un expédient pour donner à chacun sa juste portion ».

II. Il est des pays où l'aîné des héritiers fait les lots qui sont ensuite tirés au sort entre lui et ses cohéritiers. — On demande si dans ce cas, l'aîné trouvant dans le lot que le sort lui a assigné, mais qu'il a fait lui-même, une Lésion du tiers au quart, peut revenir contre le partage et en provoquer la rescision ?

Le président Favre, dans son Code, liv. 3, tit. 27, déf. 5, dit que la portion s'est présentée au sénat de Chambéry le 28 janvier 1594 ; que l'on opposait à l'aîné, demandeur en rescision, que l'inégalité dont il se plaignait, provenait de son propre fait ; qu'il ne l'avait vraisemblablement ménagée que dans l'intention secrète d'en profiter, en cas que le lot le plus avantageux lui fût échu, et qu'il n'était pas recevable à réclamer contre une Lésion dont ses frères n'auraient pas pu s'apercevoir, si le lot le plus faible eût été assigné par le sort à l'un d'eux ; mais que ces raisons furent repoussées, et que le sénat admit la rescision, *eâ potissimùm ratione, quòd non sit probabile per dolum, fraudemve quidquam factum esse ab eo qui dedit optionem. Prior enim ille incurrit in periculum damni quod fratri ex inconsideratâ electione possit accidere.*

Despeisses, tom. 1, pag. 164, dit la même chose : — « L'aîné qui a fait à ses frères les portions de l'hérédité paternelle, peut également être restitué, s'il a été lésé ; car, entre frères, l'on observe l'égalité ; et puisque c'est l'aîné qui a donné le choix à ses cadets, on ne peut pas présumer qu'il ait fait frauduleusement les portions inégales ».

Même langage dans les observations de Bretonnier sur Henrys, tom. 2, p. 949 : « comme il n'est pas croyable que l'aîné ait affecté d'apporter de l'inégalité dans le partage, puisqu'il courait le danger de la supporter, il s'ensuit qu'il peut être restitué contre cette inégalité ; car elle est censée procéder de l'erreur ».

Catellan, tom. 2, liv. 5, ch. 72, traite la même question. Il défend d'abord la cause de l'aîné ;

(1) Godefroi remarque sur cette loi, que les termes *sine judicio* n'étaient pas dans le texte du rescrit dont elle est composée ; qu'ils y ont été ajoutés par Tribonien ; et qu'ils doivent être entendus comme désignant, non un partage extrajudiciare, ce qui exclurait les partages faits en justice, mais un partage fait inconsidérément, *sine consilio.*

Source : BIU Cujas

mais ensuite il décide en jurisconsulte et en magistrat : — « Il a néanmoins été jugé, (dit-il), que l'aîné faiseur des lots, pouvait revenir contre la division, s'il s'en trouvait lésé d'une Lésion suffisante. Quoiqu'aîné et faiseur des lots, il a pu se tromper et se tromper de bonne foi; car que gagnerait-il à la mauvaise foi dans l'inégalité des portions? il suffit qu'il se soit trompé, quoiqu'il n'ait pas à se plaindre de ses frères, parceque le dol réel ou la Lésion effective suffisent en pareille rencontre. Cela a été jugé à mon rapport, en la première chambre des enquêtes (du parlement de Toulouse), le 20 mars 1659, au procès des sieurs de Savignac frères ».

III. La voie de la rescision est-elle ouverte à l'héritier qui, dans la liquidation d'une légitime à laquelle il était tenu, a été lésé de plus du quart?

Cette question, quand on l'examine sans être trop prévenu par la faveur qu'inspirent si justement les légitimaires, ne souffre pas la moindre difficulté. Les droits et la restitution étant réciproques, pourquoi l'héritier ne jouirait-il pas à cet égard du même privilège que les légitimaires? Mais pour faire mieux sentir cette vérité, rappelons les principes.

Quand un père meurt, il a pour héritiers universels ou successeurs particuliers, tous ses enfans : héritiers universels, s'il n'a point fait de testament; héritier général avec des successeurs particuliers, s'il a testé et fixé la légitime de ses enfans, en instituant un héritier principal.

Si, dans ce dernier cas, il plaît au légitimaire de renoncer au legs que lui a fait son père, il peut demander la portion qui lui est déférée par la loi, faire composer la masse de tous les biens, et prendre ce qui lui revient sur chacun des effets de l'hoirie, avec les modifications cependant que la convenance et la raison ont introduites pour ne pas morceler les biens, mais qui ne portent aucune atteinte à la règle générale qu'on vient d'expliquer.

Or, quand les enfans font un règlement de famille avec l'héritier universel, pour fixer et déterminer leur portion légitimaire, soit que, pour la prendre en corps héréditaires, ils rejettent leurs legs, soit que s'en tenant à leurs legs, ils exigent un supplément proportionné à ce qui leur revient, ce n'est toujours qu'une masse de biens communs qu'ils se divisent, un partage qu'ils font entre eux, pour fixer les parts qu'ils y avaient en indivis. Il doit donc résulter de ce partage, une égalité aussi parfaite que de tout autre acte de la même nature qui seroit passé entre des cohéritiers universels; et si cette égalité ne s'y trouve pas, il y a ouverture à rescision.

C'est ce qu'enseigne Bretonnier à l'endroit déjà cité : « Il y a lieu à la restitution (dit-il), quand l'héritier *institué* donne à ses frères et sœurs des héritages de la succession en paiement de leur *légitime*, et qu'il en souffre une Lésion ».

Nous trouvons la même doctrine dans le *Journal du palais du parlement de Toulouse*, qui est l'ouvrage d'un magistrat de ce tribunal. — « Transaction sur un supplément de légitime (dit-il, tom. 1, pag. 320), est réputée partage. Le 23 septembre 1732, en Sabatine, entre Philippe Viales, Jacques-Antoine Roueh, et Darnoy, mariés, et Jacques Mourouse, rapporteur de M. de Projean. La sentence du sénéchal de Béziers a été confirmée. Il s'agissait de la cassation d'une transaction demandée par Viales, sous prétexte que c'était un partage ou règlement entre un héritier ou un légitimaire. La cassation a été refusée, parcequ'on n'a pas établi qu'il y eût eu Lésion. L'examen de cette prétendue Lésion ne dépendait pas du ministère des experts; ainsi, il n'a pas été nécessaire d'y rien renvoyer, ni par conséquent de faire aucun interlocutoire. — J'observe sur cette affaire, que pour soutenir la transaction, on disait que les transactions passées entre l'héritier et les légitimaires, ne sont pas sujettes à la rescision par Lésion, et que cela ne devait avoir lieu que dans le partage d'une hérédité entre des cohéritiers ou testamentaires, ou *ab intestat*. Cette distinction, n'a pas été approuvée, et il a été convenu que la maxime a lieu entre les frères, soit que le legitimaire ait eu un legs pour sa légitime, ou qu'il ait été question d'une division de l'hérédité ».

Il est vrai qu'un arrêt du parlement de Paris, du 14 août 1784, vient de rejeter une demande en rescision formée par un héritier contre un acte par lequel il avait fait à un légitimaire une dation en paiement de ce qui devait lui revenir à titre de légitime. Mais j'apprends de l'un des avocats qui avaient écrit au procès (M. Robin de Mozas), qu'il y avait dans l'espèce de cet arrêt, des circonstances tout-à-fait particulières.

IV. Au surplus, la maxime que la Lésion du tiers au quart est à la fois suffisante et nécessaire pour faire rescinder un partage, n'est pas admise par-tout. — Le président Favre, liv. 3, tit. 27, déf. 3, nous assure qu'au sénat de Chambéry, on ne l'admet qu'entre frères; et qu'entre les autres cohéritiers, il faut une Lésion d'outre moitié. — Catellan, à l'endroit cité, dit : « régulièrement et généralement on peut revenir contre les divisions pas la seule raison de la Lésion, *qu'il suffit qui soit du quart, suivant notre usage* ».

V. Quelquefois, pour prévenir ces sortes de réclamations, on donne à l'acte de partage la forme d'une vente, et le plus souvent celle d'une transaction. Mais précaution vaine. Pour trancher toutes les disputes qu'élevaient autrefois à ce sujet d'ignorans praticiens, la jurisprudence a établi pour règle constante, que tout premier acte entre cohéritiers, au sujet de la succession qui leur est dévolue en commun, est réputé partage.

Mornac, sur le titre du Digeste *familiæ erciscundæ*, atteste cette maxime comme certaine : *Eo jure utimur*, dit-il, *ut quocumque nomine denominetur contractus, seu transactio vocetur, seu non, tamen pro divisione hereditatis rerumque commu-*

Source : BIU Cujas

nium accipi debeat. Il rapporte l'espèce d'une contestation célèbre où l'on avait consulté tout ce qu'il y avait de jurisconsultes fameux et de magistrats instruits : tous convinrent, et l'arrêt jugea qu'une transaction de l'année 1580, quoique faite en connaissance de cause et sur les titres de la famille, ne devait cependant être considérée que comme un partage qui n'empêchait point que l'on n'en vînt à un nouvel examen pour rétablir l'égalité. — Et Mornac, sur la loi 20 du même titre, ajoute qu'il n'y a rien de plus connu que cette règle : « *Nihil est vulgatius in quotidianis familiæ erciscundæ quæstionibus; si enim inveniatur læsio* du quart au tout, l'on peut agir à nouveau partage, et prendre lettres à cet effet ».

« Nous tenons encore pour maxime au palais (dit également Leprestre à l'endroit cité), que le premier acte qui se fait entre les héritiers, quoiqu'il soit déguisé du nom de contrat d'échange, même de transaction, est néanmoins tenu pour partage; et qu'il y a restitution en icelui, s'il y a Lésion ».

Bretonnier, sur Henrys, tom. 2, pag. 944, tient le même langage. — « C'est une maxime constante dans tous les tribunaux, que l'on peut revenir contre le partage, *quoique fait par transaction*, et quoique la transaction soit intervenue sur un procès intenté pour parvenir au partage; car l'acte qui finit cette discussion, est toujours un partage, quelque nom qu'on lui donne : et . . . . . on ne peut appliquer à cette matière les ordonnances qui excluent tout recours contre les transactions, même pour Lésion, parcequ'on ne peut se servir de leur disposition contre une transaction qui n'a véritablement rapport qu'à un partage ».

C'est aussi ce qu'ont jugé plusieurs arrêts, outre celui dont nous avons déjà parlé d'après Mornac.

L'Hommeau, livre 9, maxime 36, en cite un rendu au parlement de Paris le 27 février 1577.

Deghewiet, en ses *Institutions au droit belgique*, §. *des Transactions*, art. 2, nous en fournit un autre du parlement de Flandre, en date du 31 décembre 1697.

En voici encore un du même tribunal, qui est plus récent. — Le 22 juin 1784, Martin Noureux et consors ont présenté requête contre Jacques-Philippe Noureux, demeurant à Doignies en Cambresis, pour le faire condamner « à entrer en partage des biens de leurs père et mère communs ». — Au lieu de comparaître sur l'assignation, Jacques-Philippe Noureux s'est rapproché de ses cohéritiers; et le 7 juillet de la même année, il a été fait entre eux un partage qualifié de *transaction*. — Bientôt Jacques-Philippe Noureux s'est aperçu que cet acte lui inférait une Lésion considérable. Pour le faire rescinder, il a obtenu, à la chancellerie près le parlement de Flandre, des lettres de restitution en entier, et il les a présentées à l'entérinement aux bailli et hommes de fiefs du chapitre métropolitain de Cambrai, juges communs de toutes les parties. — Par sentence du 28 janvier 1785, les lettres ont été rejetées, et Jacques-Philippe Noureux a été condamné aux dépens. — Appel au parlement de Flandre. Par arrêt du 29 juillet 1785, rendu à la seconde chambre, au rapport de M. Le Boucq, il a été prononcé en ces termes : « la cour a mis et met l'appellation et ladite sentence au néant; émendant, entérine les lettres de restitution en entier dont il s'agit au procès; ce faisant, remet les parties dans le même état où elles étaient avant l'acte du 7 juillet 1784; condamne les intimés aux dépens tant de la cause principale que de celle d'appel ».

[[VI. Voici quelles sont, sur tout cela, les dispositions du Code Napoléon :

« Art. 887. Les partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol. — Il peut aussi y avoir lieu à rescision, lorsqu'un des cohéritiers établit, à son préjudice, une Lésion de plus du quart. La simple omission d'un objet de la succession ne donne pas ouverture à l'action en rescision, mais seulement à un supplément à l'acte de partage.

» 888. L'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction, ou de toute autre manière. — Mais après le partage, ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision n'est plus admissible contre les transactions faites sur les difficultés réelles que présentait le premier acte, même quand il n'y aurait pas eu à ce sujet de procès commencé.

» 890. Pour juger s'il y a eu Lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage.

» 891. Le défendeur à la demande en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage, en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature.

» 892. Le cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou partie, n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol, ou à la cessation de la violence ».

Ce dernier article limite, comme l'on voit, au cas de dol ou de violence, la fin de non-recevoir qu'il fait résulter de l'aliénation que le cohéritier lésé par l'un ou l'autre moyen, a faite de son lot en tout ou en partie avant sa réclamation.

Et de là il suit que la même fin de non-recevoir ne pourrait pas être opposée dans le cas de simple Lésion. C'est aussi ce que le sénat de Chambéry avait déjà jugé par deux arrêts du 28 janvier et du mois de mars 1594, rapportés dans le Code du président Favre, liv. 3, tit. 27, déf. 10.

VII. La vente par licitation qui n'est, comme on l'établira au mot *Licitation*, qu'un mode de partage, est-elle soumise aux règles qui, en matière de Lésion, gouvernent le partage proprement dit?

Source : BIU Cujas

— Il faut distinguer : ou la licitation n'a eu lieu qu'entre les cohéritiers; ou bien des étrangers y ont été admis.

Au premier cas, non seulement la vente par licitation peut être rescindée pour cause de Lésion dans le prix; mais il suffit pour en opérer la rescision de ce chef, que de la Lésion que souffre l'un des cohéritiers, relativement au prix du bien licité, il résulte une Lésion de plus du quart sur la totalité de sa portion héréditaire. C'est la conséquence nécessaire des art. 887 et 888 du Code Napoléon.

Il en est de même dans le second cas, si l'adjudication a eu lieu au profit de l'un des cohéritiers.

Mais si c'est au profit d'un étranger qu'elle a eu lieu, il y a une autre distinction à faire.

Ou la licitation a été faite entre des cohéritiers qui étaient tous majeurs, maîtres de leurs droits, et présens ou dûment représentés; ou elle a été faite entre des cohéritiers qui tous ou dont quelques uns étaient mineurs, interdits ou absens.

Au premier cas, la vente par licitation peut, comme toute autre vente, être rescindée pour cause de Lésion de plus de sept douzièmes dans le prix.

Au second cas, point de rescision, parceque, d'un côté, l'art. 1684 du Code Napoléon affranchit de cette action *toutes ventes qui, d'après la loi ne peuvent être faites que d'autorité de justice;* et que de l'autre, l'art. 839 du même Code veut que si tous les cohéritiers ne sont pas présens, ou s'il y a parmi eux des interdits, ou des mineurs même émancipés, la licitation ne puisse « être faite qu'en justice, avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs ».

En serait-il de même dans le premier cas, si la licitation avait été ordonnée par un jugement? non : l'art. 1684 du Code Napoléon ne met à couvert de la rescision pour cause de Lésion, que *les ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice.* Or, la licitation que des héritiers majeurs et présens ont fait ordonner par le juge, il dépendait d'eux d'y procéder sans son autorité; elle n'est donc pas comprise dans l'art. 1684; elle demeure donc sous la règle commune.

On le jugeait même ainsi avant le Code Napoléon. — Le 13 messidor an 3, en vertu d'un jugement rendu par un tribunal de famille, deux maisons dépendantes de la succession du sieur Cartouzières, sont vendues par licitation à la chaleur des enchères, et adjugées à un étranger. — Après la publication de la loi du 19 floréal an 6, relative à la rescision des ventes faites pendant le cours du papier-monnaie, l'un des héritiers Cartouzières fait assigner l'acquéreur en rescision de la vente pour cause de Lésion d'outre moitié. — L'acquéreur le soutient non-recevable, parceque la licitation a été ordonnée par un jugement et faite à la chaleur des enchères. — Arrêt de la cour d'appel de Montpellier qui rejette cette fin de non-recevoir et rescinde la vente. — L'acquéreur se pourvoit en cassation; mais par arrêt du 4 janvier 1808, au rapport de M. Cochard, « attendu que la vente dont il s'agit, bien qu'elle ait été faite par forme de licitation, n'en est pas moins une vente privée, passée entre particuliers, qui ne peut être assimilée ni confondue avec les ventes judiciaires par expropriation forcée; d'où il suit que la cour d'appel de Montpellier, en admettant la rescision, pour cause de Lésion d'outre moitié légalement constatée, n'a pu contrevenir à aucune loi; — La cour rejette... ».

§. V. *De la Lésion qui peut intervenir dans les autres actes.*

Un échange peut-il comme une vente, être rescindé pour cause de Lésion? *V. Échange*, n. 4.

La Lésion peut-elle être employée comme moyen de rescision, pour faire rétracter une adition d'hérédité? *V. Héritier*, sect. 2, §. 1, n. 3.

Règle générale, les lois qui admettent la rescision pour cause de Lésion à l'égard de certains actes, ne peuvent pas être étendues à des actes d'une autre nature : « les majeurs (dit l'art. 1313 du Code Napoléon), ne sont restitués pour cause de Lésion que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le présent Code ».

V. Partage, §. 7; *Nullité*, §. 9; *Droits successifs*, n. 7; *Rescision*, *Transaction*, *Vente*, etc.]]

* LETTRE. C'est une épître, une missive, une dépêche.

[[I. L'administration de la poste a le droit exclusif de faire transporter, moyennant une taxe déterminée par la loi, toutes les Lettres qui partent d'un lieu pour un autre. C'est la disposition expresse d'un arrêt du conseil du 18 juin 1681, dont l'exécution est ordonnée par l'art. 4 de la loi du 26 août 1790, par la loi du 21 septembre 1792, par deux arrêtés du directoire exécutif des 2 nivose an 6 et 26 vendémiaire an 7, et par un arrêté du gouvernement consulaire du 27 prairial an 9; voici les termes de ce dernier arrêté :

« *Art.* 1. Les lois des 26 août 1790 (art. 4), et 21 septembre 1792, et l'arrêté du 26 vendémiaire an 7, seront exécutés : en conséquence, il est défendu à tous les entrepreneurs de voitures libres et à toute autre personne étrangère au service des postes, de s'immiscer dans le transport des Lettres, journaux, feuilles à la main et ouvrages périodiques, paquets et papiers du poids d'un kilogramme (deux livres) et au-dessous, dont le port est exclusivement confié à l'administration des postes aux Lettres.

» 2. Les sacs de procédure, les papiers uniquement relatifs au service personnel des entrepreneurs de voitures, et les paquets au-dessus du poids de deux livres, sont seuls exceptés de la prohibition prononcée par l'article précédent.

» 3. Pour l'exécution du présent arrêté, les directeurs, contrôleurs et inspecteurs des postes, les

Source : BIU Cujas

employés des douanes aux frontières, et la gendarmerie nationale, sont autorisés à faire ou faire faire toutes perquisitions et saisies sur les messagers, piétons chargés de porter les dépêches, voitures de messageries et autres de même espèce, afin de constater les contraventions : à l'effet de quoi, ils pourront, s'ils le jugent nécessaire, se faire assister de la force armée.

» 4. Le commissaire du gouvernement près l'administration des postes, les préfets, sous-préfets et maires des communes, et les commissaires de police sont chargés de veiller à l'exécution du présent arrêté.

» 5. Les procès-verbaux seront dressés à l'instant de la saisie; ils contiendront l'énumération des lettres et paquets saisis, ainsi que leurs adresses. Copies en seront remises avec lesdites lettres et paquets saisis en fraude, savoir : à Paris, à l'administration des postes; et dans les départemens, au bureau du directeur des postes le plus voisin de la saisie, pour, lesdites Lettres et paquets, être envoyés aussitôt à leur destination avec la taxe ordinaire (1). Lesdits procès-verbaux seront, de suite, adressés au commissaire du gouvernement près le tribunal civil et correctionnel de l'arrondissement, par les préposés des postes, pour poursuivre contre les contrevenans la condamnation de l'amende de 150 francs au moins, et de 300 francs au plus, par chaque contravention.

» 6. Le paiement de ladite amende, dont il ne pourra dans aucun cas, et sous quelque prétexte que ce soit, être accordé de remise ou de modération, sera poursuivi, à la requête des commissaires près les tribunaux et à la diligence des directeurs des postes, contre les contrevenans, par saisie et exécution de leurs établissemens, voitures et meubles, à défaut de paiement dans la décade du jugement qui sera intervenu.

» 7. Le paiement sera effectué à Paris, à la caisse générale de l'administration des postes; et dans les départemens, entre les mains du directeur des postes qui aura reçu les objets saisis. Il portera en recette le produit desdites amendes, sur lesquelles il jouira de sa remise ordinaire.

» 8. Le produit des amendes appartiendra, un tiers à l'administration, un tiers aux hospices des lieux, et un tiers à celui ou à ceux qui auront découvert et dénoncé la fraude, et à ceux qui auront coopéré à la saisie : celui-ci sera réparti entre eux par égale portion; ils en seront payés par le directeur des postes chargé du recouvrement de l'amende, et à Paris par le caissier général de l'administration des postes, d'après un exécutoire qui sera délivré à leur profit par le commissaire du gouvernement près le tribunal : lesdits exécutoires seront envoyés par le directeur, à l'appui de son compte.

» 9. Les maîtres de poste, les entrepreneurs de voitures libres et messageries, sont personnellement responsables des contraventions de leurs postillons, conducteurs, porteurs et courriers, sauf leur recours ».]]

II. Une déclaration du 8 juillet 1759, enregistrée au parlement de Paris le 17 du même mois, a ordonné que les droits pour les ports et paquets des Lettres seraient à l'avenir payés et perçus conformément au tarif attaché sous le contre-scel de cette déclaration.

[[Ce tarif a été successivement remplacé par d'autres. *V.* les lois des 17 août 1791, 27 nivose, 21 prairial et 3 thermidor an 3, 6 nivose, 6 messidor et 5 thermidor an 4, 5 nivose an 5, 27 frimaire an 8, 14 floréal an 10, et l'art. 20 de celle du 24 avril 1806.

Il y a des Lettres dont la taxe doit être payée à l'avance par ceux qui les confient à la poste : ce sont celles qui sont destinées pour certains pays étrangers. Voici ce que porte là-dessus un arrêté du gouvernement du 14 fructidor an 10 :

« Les consuls de la république, sur le rapport du ministre des finances; vu les art. 100, 115, 127, 128, 129, 130, 133 et 134 de la loi du 8 juillet 1759, 16 de la loi du 22 août 1791, 18e de celle du 4 thermidor an 4, 8 et 9 de celle du 27 frimaire an 8, 4 de la loi du 14 floréal an 10; vu aussi les conventions stipulées avec le généralat des postes d'empire; — Le conseil d'état entendu, arrêtent :

» *Art. 1.* Il sera désormais libre au public d'affranchir ou de ne point affranchir jusqu'à destination, les Lettres et paquets pour les villes et lieux de la haute et de la basse Allemagne desservis par les postes d'empire, et pour les autres pays qui empruntent l'intermédiaire des postes d'empire, jusqu'aux derniers bureaux frontières d'empire les plus contigus à ceux d'un autre office étranger qui leur donnera cours.

» 2. Néanmoins, l'affranchissement continuera d'être obligatoire jusqu'à destination, pour les journaux, les prospectus, et en général pour toute espèce d'imprimés adressés dans les pays d'Allemagne desservis par les postes d'empire.

» 3. L'affranchissement des lettres et paquets, celui des journaux et des imprimés destinés pour toutes les possessions appartenant à la maison d'Autriche, restera pareillement obligatoire, mais seulement jusqu'à l'extrême frontière de la république.

» 4. L'affranchissement libre des Lettres et paquets de tous les départemens de la république pour les pays de la haute et de la basse Allemagne desservis par les postes d'empire, sera perçu selon les taxes fixées par la loi du 27 frimaire an 8, par

(1) Il est dérogé à cette disposition par un décret impérial du 2 messidor an 12, lequel porte que ces Lettres et paquets « seront expédiés par le bureau le plus voisin du lieu de la saisie, en rebut à Paris, d'où ils ne pourront être rendus que sur réclamation, et à la charge de payer le double de la taxe ordinaire ».

Source : BIU Cujas

tre d'un poids au-dessous de six grammes, jusqu'à l'extrême frontière française; et depuis la frontière française jusqu'à la destination en empire, selon les taxes du tarif des postes impériales, gradué de dix en dix grammes; conversion faite des kreutzers en décimes, et de manière que toutes les fois que l'évaluation des kreutzers donnera une fraction de décime, il soit ajouté à cette fraction un nombre de centimes suffisant pour parvenir à la perception de la taxe en décimes, conformément à l'art. 9 de la loi du 27 frimaire an 8; — Et proportionnellement pour les Lettres et paquets pesant six grammes et au-dessus, à raison de leur poids, selon les progressions établies par la loi du 14 floréal an 10 dans la république, et selon celles du tarif d'empire pour la portion de port qui devra revenir à cet office.

» 5. L'affranchissement libre des échantillons de marchandises, pourvu que les paquets soient présentés sous bande ou d'une manière indicative de leur contenu, ne sera perçu qu'au tiers de l'un et de l'autre tarif. Le port n'en sera cependant jamais moindre que celui de la lettre d'un poids au-dessous de six grammes, pour les postes de la république, comme il ne pourra jamais être inférieur à celui de la Lettre pesant au-dessous de dix grammes, pour les postes d'empire, conformément à leur tarif.

» 6. L'affranchissement obligatoire des journaux jusqu'à destination dans les pays desservis par les postes d'empire, sera perçu d'avance, à raison de huit centimes; celui des livres brochés, catalogues et prospectus, à raison de dix centimes; le tout par feuille d'impression; et pour chaque demi-feuille et quart de feuille, à proportion.

» 7. L'affranchissement obligatoire des Lettres et paquets, des échantillons, des journaux et des imprimés destinés pour les possessions de la maison d'Autriche, sera perçu selon les taxes fixées par la loi du 27 frimaire an 8, et selon les progressions établies par celle du 14 floréal an 10, pour l'intérieur de la république, jusqu'à Strasbourg seulement.

» 8. Les Lettres et paquets venant des villes et lieux d'Allemagne compris dans le premier rayon des postes d'empire le plus voisin de celui de la frontière française, et timbrés R. n° 1, pour les villes françaises de Strasbourg, Worms, Mayence, Coblentz, Cologne et Neuss, seront taxés à raison de trois décimes par Lettre au-dessous du poids de six grammes; et les Lettres et paquets du poids de six grammes et au-dessus, le seront proportionnellement aux progressions établies par la loi du 14 floréal an 10.

» 9. Les Lettres et paquets venant des villes et lieux d'Allemagne compris dans le deuxième rayon des postes d'empire, et timbrés R. n° 2, ainsi que ceux du troisième rayon, et timbrés R. n° 3, pour les villes frontières de la république ci-dessus désignées, seront taxés à raison de six décimes par Lettre du poids au-dessous de six grammes; et celles du poids de six grammes et au-dessus, à proportion, selon les progressions de la loi du 14 floréal an 10.

» 10. Les Lettres et paquets des villes et lieux compris dans le quatrième rayon des postes d'empire, et timbrés R. n° 4, ainsi que ceux de transit arrivant par la voie des mêmes postes aux bureaux français susnommés, seront taxés, pour ces lieux, de leur entrée dans la république, à raison de sept décimes par Lettre d'un poids au-dessous de six grammes; et les Lettres et paquets du poids de six grammes et au-dessus, le seront proportionnellement, selon les progressions de la loi du 14 floréal an 10.

» 11. Les Lettres et paquets des villes et lieux compris dans tous les quatre rayons des postes d'empire, ainsi que ceux en transit pour Paris, seront taxés à raison de douze décimes par Lettre du poids de six grammes; et, au-dessus, à proportion, selon les progressions de la même loi du 14 floréal an 10.

» 12. Les Lettres et paquets réexpédiés des bureaux de Strasbourg, Worms, Mayence, Coblentz, Cologne, Neuss et Paris, pour toute autre destination, seront taxés du port fixé pour ces mêmes villes; plus, de celui dû depuis ces mêmes bureaux jusqu'à leur destination.

» 13. Les échantillons de marchandises venant des villes et lieux desservis par les postes d'empire, ou d'autres pays étrangers, par l'intermédiaire de l'office impérial, pourvu que les paquets soient mis sous bande, ou d'une manière indicative de leur contenu, seront taxés au tiers des prix fixés pour les Lettres et paquets venant des villes et lieux d'Allemagne compris dans celui des rayons d'empire qui les aura expédiés : cependant le port n'en sera jamais moindre que celui de la Lettre du poids au-dessous de six grammes.

» 14. Les ouvrages périodiques ou journaux, les livres brochés, et toute espèce d'imprimés venant de tous autres pays étrangers, sous bande, par l'intermédiaire des postes d'empire, et non affranchis, seront taxés, pour tous les départemens de la république; savoir, les premiers à raison de huit et les autres à raison de dix centimes par feuille d'impression, et à proportion pour les demi-feuilles et les quarts de feuille ».

III. Les Lettres confiées à la poste, sont pour elle, pour ses agens et pour tous, un dépôt dont il n'est pas permis de violer le secret.

Témoin le décret du 10 août 1790, par lequel l'assemblée constituante, « considérant que le secret des Lettres est inviolable, et que, sous aucun prétexte, il ne peut y être porté atteinte, ni par les individus, ni par les corps; — Improuve la conduite de la municipalité de Saint-Aubin, pour avoir ouvert un paquet adressé à M. Dogny, intendant général des postes, et plus encore pour avoir ouvert ceux adressés au ministre des affaires étrangères et aux ministres de la cour de Madrid; —

Source : BIU Cujas

Et charge son président de se retirer devers le roi, pour le prier de donner les ordres nécessaires, afin que le courrier porteur de ces paquets, soit mis en liberté, et pour que le ministre du roi soit chargé de témoigner à M. l'ambassadeur d'Espagne les regrets de l'assemblée, de l'ouverture de ses paquets ».

Par un autre décret du 10 juillet 1791, la même assemblée, « considérant que les précautions qu'elle a ordonnées pour la sûreté de l'État, par son décret du 21 juin dernier, ont été exagérées en plusieurs lieux; que par l'effet d'un zèle inconsidéré, des corps administratifs et des municipalités avaient cru pouvoir, en conséquence, soumettre à leur surveillance et à leurs recherches la correspondance des particuliers, que l'arrestation qui a été faite en plusieurs villes, des courriers des malles, les dépôts forcés de leurs paquets en autres lieux qu'aux bureaux auxquels ils étaient destinés; les perquisitions faites chez les directeurs des postes, la vérification des lettres, les sursis ordonnés à leur distribution, ne peuvent qu'interrompre les relations commerciales, et sont autant d'abus qu'il est indispensable d'arrêter; que ces moyens illégaux, qui ne peuvent être tolérés que dans un moment d'alarme universelle et dans un péril imminent, ne peuvent être plus long-temps employés d'après les mesures qui ont été arrêtées pour la sûreté et la défense de l'Empire; — Décrète qu'il est enjoint aux corps administratifs de surveiller l'exécution du décret du 10 août 1790, concernant le secret et l'inviolabilité des Lettres, et de se conformer aux dispositions de l'art. 10 du titre des *Attributions*, faisant partie du décret du 26 du même mois d'août, qui défend aux corps administratifs et aux tribunaux d'ordonner aucun changement dans le service des postes ».

La peine de la violation du secret des Lettres confiées à la poste, est ainsi réglée par le Code pénal du 25 septembre 1791, part. 2, tit. 1, sect. 3, art. 23 : — « Quiconque sera convaincu d'avoir volontairement et sciemment supprimé une Lettre confiée à la poste, ou d'en avoir brisé le cachet, et violé le secret, sera puni de la peine de la dégradation civique. — Si le crime est commis, soit en vertu d'un ordre émané du pouvoir exécutif, soit par un agent du service des postes, le ministre qui en aura donné ou contre-signé l'ordre, quiconque l'aura exécuté, ou l'agent du service des postes qui, sans ordre, aura commis ledit crime, sera puni de la peine de deux années de gêne ».

Cette disposition est renouvelée par l'art. 638 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, mais avec une modification très remarquable : « il n'est porté par le présent article, aucune atteinte à la surveillance que le gouvernement peut exercer sur les Lettres venant des pays étrangers ou destinées pour ces mêmes pays ».

V. l'arrêt de la cour de cassation du 4 juin 1807, rapporté au mot *Intention*.

IV. Le principe qui nous oblige de respecter le secret des Lettres et des paquets cachetés, a donné lieu en 1778, à une contestation fort singulière.

Le sieur Mecflet de Valsemey confia en mourant, trois paquets cachetés au sieur Lesseline, pour les remettre après sa mort, chacun à son adresse. Le premier de ces paquets était adressé au sieur Anereville; le second à la demoiselle Vauquelin; et le troisième au sieur Mierville. — Après le décès du sieur de Valsemey, le sieur Lesseline refusa de remettre les paquets à leurs adresses, à moins que ce ne fût en la présence des héritiers du défunt. — Le sieur Anereville, la demoiselle Vauquelin et le sieur Mierville firent assigner le sieur Lesseline, pour le faire condamner à leur remettre à chacun son paquet. — Les sieurs Mecflet de Plainemare et d'Asseville, héritiers du sieur de Valsemey, intervinrent au procès pour demander qu'avant la remise des paquets, le juge les ouvrît et les examinât lui-même, pour voir s'ils ne renfermaient rien d'illicite et de contraire aux lois. — Le premier juge l'ordonna ainsi, malgré l'opposition de ceux à qui les paquets étaient adressés; — Et par arrêt du 30 avril 1778, le parlement de Rouen confirma la sentence JJ.

V. On dit assez communément qu'une Lettre n'est point obligatoire : mais cette assertion est trop générale. Sans doute, si je vous écris pour vous prier de me prêter une certaine somme, ma Lettre ne vous suffira pas pour prouver que vous avez fait le prêt. Mais si j'ajoute que *ma Lettre vous servira de reconnaissance*, vous aurez alors un titre suffisant pour exiger le paiement de la somme y énoncée. Je pourrai seulement demander que vous soyez tenu d'affirmer que ce que vous répétez, vous est légitimement dû.

Lorsqu'il s'agit de savoir si un contrat synallagmatique a été formé, la Lettre missive de l'une des parties qui contient ses propositions, ne suffit pas seule pour la lier. C'est ce qui a été jugé par un arrêt rendu au parlement de Paris, le 6 juin 1735, dans une espèce que rapporte ainsi l'auteur de la *Collection de Jurisprudence* : — « Le sieur de Sailly sachant que le sieur Pasquier avait deux chevaux qu'il voulait vendre 1150 livres, manda par écrit de les lui envoyer le lendemain à neuf heures du matin, et qu'il paierait les 1150 livres à celui qui amènerait les chevaux. — Au lieu de les envoyer à neuf heures au sieur de Sailly, chez lui, le sieur Pasquier ne les lui envoya qu'à midi, dans une maison tierce : le sieur de Sailly les refusa; et sur ce refus, il fut assigné au châtelet, où le sieur Pasquier obtint sentence par défaut. — Sur l'appel, la cause fut portée à la tournelle civile. Le défenseur du sieur de Sailly soutint qu'il n'y avait aucune vente de la part du sieur Pasquier; que comme le sieur de Sailly n'aurait pas pu le faire condamner à livrer les chevaux, de même le sieur Pasquier ne pouvait pas le contraindre de les recevoir; que la Lettre n'obligeait pas les parties réciproquement, puisque le sieur de Sailly y parlait seul, et qu'elle n'obligeait point le sieur Pasquier, qui n'avait d'ail-

Source : BIU Cujas

leurs pas envoyé les chevaux à l'heure et au lieu indiqués. — Sur cela est intervenu l'arrêt cité, qui a infirmé la sentence du châtelet, et a déchargé le sieur de Sailly de la demande, avec dépens ».

[[Mais lorsqu'à une proposition faite par une Lettre missive, celui à qui elle est adressée a répondu par une autre Lettre missive, de manière à ne pas laisser de doute sur son acceptation, le contrat est formé et il oblige les deux parties ni plus ni moins que si elles avaient stipulé en présence l'une de l'autre. C'est ce que fait clairement entendre le Code de commerce, lorsqu'il dit, art. 109, que *les achats et ventes se constatent par la correspondance.* — *V. Double écrit* et *Lettre et Billet de change*, §. 4, n. 10.]]

VI. On n'est pas toujours autorisé à se servir des Lettres missives dans les affaires : elles ne sont sur-tout d'aucune considération pour établir une preuve, lorsqu'elles renferment quelque confidence, et que la personne à qui on les a écrites, n'a pu les mettre au jour sans manquer à la bonne foi. Les juges ont coutume d'ordonner en cas pareil que les Lettres seront rendues, nonobstant le rapport qu'elles peuvent avoir avec l'affaire au sujet de laquelle elles ont été produites. *V. Injure*, §. 4, n. 8. — C'est ainsi que, par arrêt du 24 juillet 1717, le parlement de Paris a renvoyé un curé d'Orléans de l'accusation qu'avait formée contre lui l'évêque de cette ville, sur le fondement d'une Lettre que ce curé lui avait écrite sur des difficultés relatives à la bulle *unigenitus*.

Catellan, liv. 9, chap. 4, rapporte un autre arrêt du même genre, rendu au sujet d'une accusation de simonie. La partie chargée d'en faire la preuve, la trouva complète dans une Lettre dont elle s'était saisie, et qui avait été écrite à son procureur avant le procès : mais le parlement de Toulouse rejeta cette preuve ; il lui parut trop dangereux d'asseoir un jugement sur une Lettre qu'on n'avait pas adressée à celui qui voulait s'en prévaloir (M. Guyot.) *

[[Cet arrêt qui a été rendu au mois de mars 1666, fait, par forme de règlement, « inhibitions et défenses à toutes parties de prendre des études de procureurs, des actes sans leur sçu et consentement ; et ordonne qu'audit cas, les parties ne pourront s'en servir ».

V. Anonyme, Correspondance, Injure et *Preuve*, sect. 2, §. 2, art. 8.]]

[[LETTRE CLOSE. *V. Lettre de cachet*, n. 3.]]

* LETTRE DE CACHET. C'est une Lettre écrite par ordre du roi, contre-signée par un secrétaire d'état, et cachetée du cachet du roi.

I. La Lettre commence par le nom de celui ou de ceux auxquels elle s'adresse, par exemple : *M.* *** (ensuite sont les noms et les qualités), *je vous fais cette Lettre pour vous dire que ma volonté est que vous fassiez telle chose dans un tel temps, si n'y faites faute. Sur ce, je prie Dieu qu'il vous ait en sa sainte et digne garde.* — La souscription de la Lettre est à celui ou à ceux à qui la Lettre est adressée.

Ces sortes de Lettres sont portées à leur destination par quelque officier de police, ou même par quelque personne qualifiée, selon les personnes auxquelles la Lettre s'adresse. — Celui qui est chargé de remettre la Lettre, fait une espèce de procès-verbal de l'exécution de sa commission, en tête duquel la Lettre est transcrite ; et au bas, il fait donner à celui qui l'a reçue, une reconnaissance comme elle lui a été remise, ou, s'il ne trouve personne, il fait mention des perquisitions qu'il a faites.

II. L'objet des Lettres de cachet est souvent d'envoyer quelqu'un en exil, ou pour le faire enlever et constituer prisonnier, ou pour enjoindre à certains corps politiques de s'assembler et de faire quelque chose, ou pour leur enjoindre de délibérer sur certaine matière.

III. Ces sortes de Lettres ont aussi souvent pour objet l'ordre qui doit être gardé dans certaines cérémonies, comme pour les *Te Deum*, processions solennelles, etc.

[[Aujourd'hui, les Lettres de l'Empereur qui appellent les premiers corps de l'État à certaines cérémonies publiques, portent le nom de *Lettres closes*. L'art. 2 du décret impérial du 24 messidor an 12 dit que « le sénat, le conseil d'état, le corps législatif, la cour de cassation, n'auront rang et séance que dans les cérémonies publiques où ils auront été invités par Lettres closes de sa majesté ; (et qu') il en sera de même des corps administratifs et judiciaires dans les villes où l'Empereur sera présent ».]]

IV. Lorsqu'un homme est détenu prisonnier en vertu d'une Lettre de cachet, peut-on recevoir les recommandations que ses créanciers voudraient faire, et peut-il être retenu en prison en vertu de semblables recommandations ? *V. Recommandation.*)

V. Lorsqu'on a privé injustement quelqu'un de sa liberté en vertu d'une Lettre de cachet surprise à l'autorité souveraine, il peut demander à faire preuve de cette injustice ; et s'il la prouve, il doit obtenir des dommages et intérêts proportionnés à l'offense et au préjudice qui lui ont été faits. C'est ce qu'on peut induire de l'art. 91 de l'ordonnance d'Orléans de l'an 1560, qui est ainsi conçu : — « Et parcequ'aucuns abusant de la faveur de nos prédécesseurs, par importunité ou plutôt subrepticement, ont obtenu quelquefois des Lettres de cachet closes ou patentes, en vertu desquelles ils ont fait séquestrer des filles, et icelles épousées ou fait épouser contre le gré et vouloir des pères et mères et parens, tuteurs ou curateurs, chose digne de punition exemplaire, enjoignons à tous juges de procéder extraordinairement, et comme en crime de rapt, contre les impétrans et ceux qui s'aideraient de telles Lettres, sans avoir aucun égard à icelles. »

Source : BIU Cujas

Et c'est pareillement ce qui a été jugé par un arrêt rendu au parlement de Paris le 9 juin 1769, dans une espèce que rapporte ainsi l'auteur des additions faites à la *Collection de jurisprudence* : — « La dame veuve du sieur Condé avait été enfermée, en vertu d'une Lettre de cachet, aux Dames du Calvaire de la ville de Poitiers; il paraissait que, pour parvenir à l'obtention de cet ordre, il avait été présenté, par le chevalier de Condé son fils, un mémoire signé de lui et de plusieurs autres personnes, par lequel la dame Condé était représentée comme une femme très déréglée dans ses mœurs. Après l'obtention de la Lettre de cachet, le fils obtint du juge de Civray une ordonnance par laquelle il fut établi au régime et administration des biens et revenus de sa mère, à la charge d'en rendre compte aux personnes indiquées par l'ordonnance du juge : plus, de payer sa pension et fournir à son entretien convenable à son état. La mère se fit recevoir appelante de cette ordonnance. Sur l'appel, le fils répandit dans sa requête les propos les plus injurieux contre sa mère; il l'accusa de prostitution, et s'avoua pour être celui qui avait présenté, signé et fait signer le placet pour obtenir la Lettre de cachet. Cependant la dame veuve Condé parvint, après deux ans de détention, à faire révoquer la Lettre de cachet; elle épousa même en secondes nôces le sieur Louchard, gentilhomme. Il n'était plus question que de l'appel de l'ordonnance du juge de Civray. La dame Louchard, sous l'autorité de son mari, concluait à l'infirmation de l'ordonnance, à une réparation d'honneur, à la suppression des termes injurieux, à 3,000 liv. de dommages-intérêts contre son fils, et 1,200 liv. contre plusieurs particuliers se disant parens d'elle ou de son fils, qui étaient intervenus sur l'appel, et adhéraient aux conclusions du fils. — Quoique cette cause ne fût point communiquée, M. Séguier, avocat général, après avoir entendu les avocats, prit la parole: Il observa que deux motifs excitaient son ministère; le premier, l'ordonnance du juge de Civray; le deuxième, les termes injurieux répandus dans les requêtes du fils et des intervenans. Sur le premier objet, M. l'avocat général fit connaître l'irrégularité de l'ordonnance du juge de Civray : il dit à cet égard, qu'une Lettre de cachet ne privait point celui contre qui elle était rendue, des effets civils; que par conséquent le juge de Civray avait rendu abusivement une ordonnance qui, en même temps qu'elle privait la mère de l'administration de ses biens, sans qu'il apparût d'aucune procuration de sa part, la déférait à celui qui s'était avoué l'auteur de sa détention. Sur le second, M. l'avocat général s'éleva avec la plus grande force contre le manque absolu de respect de la part du fils à l'égard de sa mère; respect et révérence violés par les termes injurieux proférés dans sa requête et dans celle des intervenans. Après avoir fait connaître combien le fils et ses adhérens méritaient l'animadversion de la cour, il termina par observer que les procureurs qui avaient prêté leur ministère et servi la passion de leurs parties en signant de pareilles requêtes, n'étaient pas moins coupables; raison pour laquelle il conclut à l'interdiction des deux procureurs. — Par l'arrêt cité, la cour, sur l'appel de l'ordonnance du juge de Civray, mit l'appellation et ce dont était appel au néant; émendant, faisant droit sur le réquisitoire des gens du roi, reçut M. le procureur général appelant de l'ordonnance du juge de Civray, lui fit défenses de plus en rendre à l'avenir de pareilles; ayant aucunement égard aux requête et demandes de la dame Louchard, ordonna la suppression des termes injurieux; condamna le sieur Condé, son fils, à 600 liv. de dommages-intérêts envers elle, et les intervenans à 400 livres; fit défenses aux deux procureurs (dont l'un s'étant trouvé par hasard à l'audience, observa qu'il n'avait aucune connaissance de cette affaire, ne faisant que prêter son nom à son confrère), de plus à l'avenir signer des requêtes contenant des termes injurieux; leur enjoignit à chacun d'être plus circonspects, et condamna le sieur Condé et les intervenans, chacun à leur égard, aux dépens ».

Dans une autre espèce, la dame de Lancize s'étant plaint de l'enlèvement illégal et irrégulier qui avait été fait de sa personne et de ses papiers, et ayant justifié que cet attentat avait été provoqué sans motif suffisant par le sieur de La Tour du Roch, et avait été exécuté sous sa direction le 5 mai 1769, obtint contre celui-ci 20,000 liv. de dommages et intérêts, par arrêt rendu à la grand'chambre du parlement de Paris, le 9 avril 1770. (M. Guyot.) *

[[*V.* la loi du 16 mars 1790; le Code pénal du 25 septembre 1791, part. 2, tit. 1, sect 3, art. 19; le Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, art. 634; et *Commission*, sect. 5, n. 3.]]

LETTRE DE CHANGE. *V. Lettres et Billets de change.*

* LETTRE DE CRÉDIT. C'est une Lettre missive qu'un marchand, négociant ou banquier, adresse à un de ses correspondans établi dans une ville, et par laquelle il lui mande de fournir à un tiers, porteur de cette Lettre, une certaine somme d'argent, ou bien indéfiniment tout ce dont il aura besoin.

Il est facile d'abuser de ces Lettres, quand l'ordre de fournir de l'argent est indéfini, ou quand il est au porteur; car la Lettre peut être volée : on doit donc prendre des précautions pour limiter le crédit qu'on donne, et pour que le correspondant paye sûrement, en lui désignant la personne de façon qu'il ne puisse être trompé. (M. Guyot.) *

[[LETTRE DE MARQUE. C'est un acte du gouvernement qui contient l'autorisation d'armer et équiper en guerre un vaisseau ou bâtiment quelconque, pour courir sur les ennemis de l'État.

Source : BIU Cujas

§. I. *Dispositions de l'arrêté du gouvernement du 2 prairial an 11, concernant les Lettres de marque.*

« *Art.* 15. Les Lettres de marque, soit pour des armemens en course, soit pour des armemens en guerre et marchandises, ne peuvent être délivrées en Europe que par le ministre de la marine et des colonies. — Chaque Lettre de marque sera accompagnée d'un nombre suffisant de commissions de conducteurs de prises. — Ces Lettres de marque et ces commissions seront conformes aux modèles annexés au présent règlement.

» 16. Nul ne pourra obtenir de Lettres de marque pour faire des armemens en course, ou en guerre et marchandises, s'il n'est citoyen français, ou s'il n'est, en pays étranger, immatriculé comme citoyen français sur les registres des commissariats des relations commerciales.

» 17. S'il était reconnu qu'un armement en course a été fait, et qu'une Lettre de marque a été délivrée sous un nom autre que celui du véritable armateur, la Lettre de marque sera déclarée nulle et retirée. — La peine de six mille francs d'amende prononcée par l'art. 15 de la loi du 27 vendémiaire an 2, relative à l'acte de navigation (*V. Navigation*, sect. 1, §. 3), sera appliquée à l'armateur et à l'individu qui lui aura prêté son nom. — Le produit de cette amende sera versé dans la caisse des invalides de la marine.

» 18. Les demandes de Lettres de marque seront faites aux administrateurs de la marine ou aux commissaires des relations commerciales, qui les transmettront au ministre de la marine et des colonies: mais lesdites Lettres ne pourront être par eux délivrées aux armateurs, qu'après qu'il aura été vérifié si le bâtiment est solidement construit, gréé, armé et équipé; s'il est d'une marche supérieure; si son artillerie est en bon état; si le capitaine désigné par l'armateur, est suffisamment expérimenté; et si l'armateur et ses cautions sont reconnus pour solvables. — La solvabilité de l'armateur et celle des cautions seront certifiées par les tribunaux connaissant des affaires de commerce. Dans les ports étrangers, cette solvabilité sera attestée par le commissaire des relations commerciales, et, autant que possible, par l'assemblée des négocians français immatriculés dans le lieu. — Les capitaines désignés pour commander des corsaires, seront tenus de produire des certificats sur leur conduite et leurs talens, de la part des officiers sous les ordres desquels ils auront servi, ou des armateurs qui les auront déjà employés.

» 19. La durée des Lettres de marque commencera à compter du jour où elles seront enregistrées au bureau de l'inscription maritime du port de l'armement. — D'après la nature des croisières, et sur les propositions transmises au ministre par les administrateurs de la marine, ou les commissaires des relations commerciales, la durée des Lettres de marque pourra être de six, douze, dix-huit et vingt-quatre mois.

» 20. Tout armateur de bâtimens armés en course, ou en guerre et marchandises, sera tenu de fournir un cautionnement par écrit de la somme de 37,000 f. — Et si l'état major et la mestrance, l'équipage et la garnison comprennent en tout plus de cent cinquante hommes, le cautionnement sera de 74,000 francs. — Dans ce dernier cas, le cautionnement sera fourni solidairement par l'armateur, deux cautions non intéressées dans l'armement, et par le capitaine.

» 21. La même personne ne pourra servir de caution pour plus de trois armemens non liquidés; et à chaque acte de cautionnement, la personne qui le souscrira, sera tenue de déclarer ceux qu'elle aurait pu souscrire précédemment pour la même clause. — Lorsque les cautions ne seront pas domiciliées dans le port de l'armement, l'armateur sera tenu de produire un certificat du tribunal connaissant des affaires de commerce dans le lieu où seront domiciliées les cautions présentées, lequel certificat constatera leur solvabilité; et une copie légalisée du pouvoir donné par la caution absente à celui qui la représentera, restera annexée à l'acte de cautionnement. — Les noms, professions et demeures des personnes qui auront cautionné des armateurs de corsaires, seront désignés sur un tableau qui restera affiché dans le bureau de l'inscription maritime du port où les armemens auront eu lieu. — Les actes de cautionnement seront déposés audit bureau, et enregistrés à celui de l'inspection de la marine du chef-lieu de la préfecture maritime.

» 22. Il est expressément défendu aux préfets, officiers supérieurs et agens civils, militaires et commerciaux, de prolonger la durée d'une Lettre de marque, sans y être spécialement autorisés par le ministre de la marine et des colonies; et cette autorisation, lorsqu'elle sera accordée, sera, ainsi que sa date, mentionnée sur la Lettre de marque.

» 23. Les administrateurs de la marine et les commissaires des relations commerciales seront personnellement responsables de l'emploi des Lettres de marque qui leur seront envoyées par le ministre de la marine, et qui ne seront, conformément à l'art. 18 ci-dessus, par eux remises aux armateurs et capitaines, qu'après que les vérifications prescrites par cet article, auront été remplies, l'acte de cautionnement souscrit, et le rôle d'équipage arrêté.

» 24. Tout individu convaincu d'avoir falsifié ou altéré une Lettre de marque, sera jugé comme coupable de faux en écritures publiques; il sera de plus responsable de tous dommages résultans de la falsification ou altération qu'il aura commise.

» 25. Tant qu'un bâtiment continuera d'être employé à la course, il est défendu de lui donner un autre nom que celui sous lequel il aura été armé la première fois; et si un même corsaire était réarmé plusieurs fois, chaque nouvel armement pour lequel il aurait été délivré une Lettre de

Source : BIU Cujas

marque, devra être indiqué numériquement sur la Lettre de marque et sur le rôle d'équipage.

§. II. *La caution d'un armateur en course est-elle de plein droit et sans stipulation* ad hoc, *responsable envers la caisse des invalides de la marine, de ce qui lui revient du produit des prises faites par le corsaire ?*

Le 18 prairial an 5, un acte de cautionnement fut passé en ces termes au bureau du contrôle de la marine de Marseille : « se sont présentés les cit. Bonafoux, frères, de cette commune, lesquels, en leur qualité de propriétaires et armateurs du corsaire *la Junon*, ayant obtenu des Lettres de marque du directoire exécutif, et pour se conformer à l'art. 6 de la loi du 23 thermidor an 5, portant que *les armateurs en course fourniront un cautionnement de* 50,000 *francs*, ont offert le cit. Pierre Amyot, de cette commune, pour être leur caution ; à l'effet de quoi, le susdit cit. Pierre Amyot engage tous ses biens présens et à venir, jusqu'à concurrence de la susdite somme de 50,000 f.»

Le corsaire *la Junon* fit différentes prises qui furent jugées valables, et que le consul de France à Malaga (où elles avaient été conduites), liquida provisoirement en l'an 7.

Le 18 ventose an 10, sur la poursuite du préfet maritime de Toulon, le tribunal de commerce de Marseille condamna les frères Bonafoux, armateurs, à verser dans la caisse des invalides de la marine, — 1° La somme de 9,740 fr. 15 cent., montant de la liquidation des droits attribués aux invalides sur le produit net des prises ; — 2° Celle de 463 liv. 17 s. 9 d., pour les droits des invalides sur la commission ; — 3° Et conformément à l'arrêté du gouvernement du 17 floréal an 9, celle de 12,614 fr., montant du produit de la prise du navire *l'Espérance*.

Les frères Bonafoux ne satisfaisant pas à ces condamnations, le préfet maritime fait citer le sieur Amyot devant le même tribunal, pour les voir déclarer exécutoires contre lui, en sa qualité de caution des armateurs.

Le 23 frimaire an 13, jugement qui déboute le préfet. Appel. Par arrêt du 14 janvier 1806,

« Considérant, en droit, que l'objet du cautionnement du sieur Amyot n'est déterminé ni par sa soumission ni par la loi du 23 thermidor an 3 ; — Que le décret du 31 janvier 1793 autorisa l'armement en course, sans parler du cautionnement à fournir par les armateurs ; — Que la loi du 14 février suivant déclara, art. 5, que les lois concernant les prises, continueraient à être exécutées jusqu'à ce qu'il en fût autrement ordonné ; — Que la loi du 23 thermidor an 3 exige des armateurs en course un cautionnement de 50,000 fr., sans en déterminer l'objet ; et l'art. 6 ordonne que *les ordonnances, lois de police et de discipline, relatives à la course et à la répartition des prises faites par les corsaires, continueront à être exécutées en tout ce qui ne serait pas contraire à ladite loi ;* — Qu'en cet état, l'objet du cautionnement du sieur Amyot n'étant déterminé ni par sa soumission, ni par la loi du 23 thermidor an 3, il est indispensable d'en rechercher la nature, l'objet, l'etendue et les limites dans les lois anciennes ;

» Considérant qu'en remontant aux anciens règlemens, on trouve dans celui du mois de février 1650, qu'il soumet les armateurs à bailler caution, *pour obvier aux pilleries et déprédations qui se commettent journellement sur la mer, et de ne méfaire aux nationaux, amis ou alliés ;* — Qu'une ordonnance du 25 février 1654 voulut que la caution répondît des dommages et intérêts dus par les armateurs, pour prises faites sur les alliés, en cas qu'elles fussent faites sans une raison apparente et légitime, et que les corsaires fussent trouvés saisis de plusieurs pavillons ; — Que l'art. 2, tit. *des Prises*, de l'ordonnance de 1681, exige une caution de 15,000 francs, de la part de l'armateur qui aurait obtenu la permission d'équiper un vaisseau de guerrre ; — Que M. Chardon, procureur général du roi au conseil des prises, en rapportant cet art. 2, le rapproche de l'édit de 1584, de la déclaration du 1er février 1650, de l'ordonnance du 23 février 1654, et autres, comme obligeant les armateurs en course à donner caution, *pour le paiement des dommages et intérêts auxquels ils pourraient être condamnés pour les prises faites sans raison apparente et légitime, et que le corsaire fût trouvé saisi de plusieurs pavillons ;* — Que Vaslin, dont le ministre de la marine et des colonies a invoqué l'opinion dans une Lettre écrite au préfet maritime, et dont son défenseur s'est prévalu, a dit que *l'objet de l'art. 2, titre* des Prises, *est de donner une sûreté au public, à l'occasion des abus, malversations et déprédations qui pourraient être commises par les armateurs en course ou par leurs agens ;* — Que l'auteur, en développant ensuite son idée, dit que les anciennes ordonnances étaient en défaut ; qu'elles se contentaient de faire jurer l'armateur, le maître et ses quatre compagnons de quartier, *de gouverner le navire bien et à droit, sans porter dommage à nos sujets, amis, alliés ou bienveuillans :* ce qui ne s'applique qu'aux abus, déprédations et malversations commises en mer ; — Que l'auteur rappelle les ordonnances des 1er février 1650 et 23 février 1654, comme les dernières, qui, pour faire cesser les plaintes contre les armateurs, les soumit à donner caution, *pour les dommages et intérêts et amendes auxquels ils pourraient être condamnés à raison de leur course ;* il ajoute que *la caution, d'après l'ordonnance de* 1681, *répond jusqu'à concurrence de* 15,000 *francs, de tous les dommages et intérêts, en cas de malversations, ou que la prise se trouve vicieuse ;* enfin, il estime que les armateurs repondent des prises faites des vaisseaux alliés, ou neutres, ou français, dès qu'il s'agira de quelque délit *commis en faisant la course ;*

Source : BIU Cujas

— Que Brillon, dans le *Dictionnaire des arrêts*, au mot *Armateur*, déclare, comme Vaslin, que la caution de 15,000 francs est requise de l'armateur, *pour répondre des malversations qu'il pourrait commettre pendant sa course;* — Que la Lettre de M. de Sartine à l'amirauté, du 15 juillet 1778, n'a que le même objet en vue;

» Considérant que l'analyse de tous les règlemens maritimes prouve que le seul objet du cautionnement qu'ils exigeaient, était de prévenir les abus de la course, et de donner aux puissances neutres ou alliées, et même aux sujets français, une garantie contre la violation des lois, de la cause des droits des neutres et des privilèges dérivans des traités; — Que l'objet unique de ce cautionnement exigé par les lois françaises en faveur des autres nations, était aussi garanti à la France par les autres gouvernemens; si l'on consulte en effet l'art. 30 du traité de navigation, de commerce et de marine, entre la France et les Etats-Généraux des Provinces-Unies des Pays-Bas, du 21 septembre 1697, l'art. 29 du traité de navigation et de commerce, entre Louis XIV et la Grande-Bretagne, conclu à Utrecht les 31 mars et 11 avril 1713, l'art. 37 du traité entre la France et les villes anséatiques, du 28 septembre 1716, l'art. 26 du traité de commerce et de marine entre la France et la ville de Hambourg, du 1er avril 1769, enfin, l'art. 15 du traité d'alliance générale et défensive entre la France et la république helvétique, conclu à Soleure, le 28 mai 1777, on trouve par-tout que les diverses puissances contractantes s'obligaient à soumettre les armateurs à un cautionnement de 15,000 francs, pour répondre des malversations qu'ils pourraient commettre *dans leur course*, et des dommages et intérêts pour les prises qui seraient faites en contravention aux divers traités; — Que cet objet unique du cautionnement exigé au moment de l'expédition des Lettres de marque, était donc une espèce de droit de réciprocité admis entre les gouvernemens de tous les peuples naviguans; qu'il était donc dirigé contre les abus et malversations de la course;

» Considérant que si un cautionnement plus étendu avait été exigé des armateurs, après l'arrivée des prises et de leur valeur totale, par une ordonnance de 1400, rappelée dans le règlement de François Ier, du mois de juillet 1517, art. 21, et dans l'arrêt du conseil d'état du 16 janvier 1780, ces règlemens n'eurent pour objet, ainsi qu'il résulte de leur texte, qu'une garantie contre les abus de la course et les contraventions aux traités; — Que de là il résulte que le cautionnement fourni par le sieur Amyot, conformément aux règlemens anciens, n'avait pas pour objet de le rendre responsable des parts des équipages et des droits dus à la caisse des invalides; — Que restreindre à cela l'objet des règlemens anciens, ce serait supposer, a dit le défenseur du préfet maritime, qu'ils eussent abandonné à l'administration arbitraire de l'armateur, les intérêts, et des marins, artisans nécessaires à la course, et de l'établissement chargé de pourvoir à l'entretien de ces marins que leurs blessures, leurs services, leurs infirmités rendent incapables de service; — Que cette objection est sans fondement, parceque, d'une part, si les règlemens anciens se taisaient à ce sujet, ce ne serait pas un motif pour étendre l'objet du cautionnement limité par leur texte et par les lois en vertu desquelles le sieur Amyot a fourni sa soumission; et d'autre part, un cautionnement de 15,000 fr. eût été bien peu de chose pour garantir les parts importantes des équipages, et les droits non moins importans de la caisse des invalides; — Que les règlemens anciens y avaient pourvu d'une manière plus efficace et plus complète pour la part des équipages, puisqu'ils veillèrent à leur paiement exact, d'abord en soumettant les armateurs à faire procéder dans de très courts délais à la liquidation du produit des prises, ainsi qu'au paiement des parts des équipages, *hic et nunc*, dès l'instant de la liquidation générale; et de plus, en autorisant les amirautés, en cas de contravention, à adjuger, par manière de provision, aux matelots, une somme pareille à celle qu'ils avaient reçue pour leurs avances, suivant la disposition textuelle des règlemens des 25 novembre 1689 et 25 novembre 1693; et ensuite, en soumettant les armateurs à des amendes et à des contraintes par corps, là où ils ne feraient pas procéder à une liquidation générale, et qu'ils ne paieraient pas les parts des équipages dans le délai fixé d'après les dispositions de l'arrêt du conseil, du 15 décembre 1782;

» Considérant qu'une garantie plus entière fut acquise aux équipages pour leurs parts, par la loi du 3 brumaire an 4; — Que l'art. 28 ordonna que les ventes des prises seraient faites en présence des agens de la marine, et que les sommes en provenant seraient versées dans les caisses des trésoriers de la marine et des invalides; — Que l'art. 35 défendit aux gardes-magasins des cargaisons vendues, de ne délivrer aux acheteurs aucun des objets vendus que sur la représentation de la quittance du paiement qui en aurait été fait entre les mains du trésorier des invalides de la marine; — Que l'art. 41 voulut que, quinzaine au plus tard après la vente de chaque prise, les administrateurs des ports établissent le montant net de son produit, sur le vu des procès-verbaux de vente et de livraison. — Qu'enfin, l'art. 44 ordonna qu'aussitôt après la liquidation du produit de la vente de chaque cargaison, il fût procédé au rôle des répartitions générales, et que dès que le rôle aurait été arrêté, les parts des marins présens fussent payées, et celles des absens adressées sans délai dans leurs quartiers respectifs, pour leur être distribuées, ou à leurs familles; — Que d'après l'art. 47, le paiement dû aux intéressés, devait être fait par le trésorier des invalides sur les mandats du commissaire de la marine; — Que les droits dus à la caisse des invalides, furent établis par un édit du mois de mai 1709, confirmés par ceux des mois de décembre

Source : BIU Cujas

1712, art. 14, et juillet 1720, art. 1er, 2, 4 et 6; — Que l'édit de 1709 voulut, art. 13, que les 4 deniers pour livre sur le montant des prises faites en mer, fussent remis entre les mains du trésorier qui serait établi dans le lieu où elles auraient été conduites après la vente d'icelles, et par ceux qui seraient chargés de la vente, qui demeureraient responsables en leur nom du montant desdits 4 den. pour livre;—Que l'édit du mois demars 1713 ayant porté le droit de la caisse des invalides à 6 deniers, en ordonna la retenue dans la même forme; — Qu'enfin la loi du 3 brumaire an 4 donna à la caisse des invalides la même garantie d'une manière plus sûre et plus complète encore, en ordonnant le versement dans la caisse même des invalides, du produit total de la vente des prises;

» Considérant que, d'après ces règlemens, il est tout simple que ceux relatifs au cautionnement, n'aient pas eu pour objet d'assurer, par l'engagement d'une somme de 15,000 francs, le paiement des parts des équipages et des droits de la caisse des invalides; et que c'est un motif de plus pour la cour de ne pas donner au cautionnement, limité par le texte des règlemens, une extension contraire à leur Lettre, autant qu'à sa nature et à son objet; — Que l'arrêté du Gouvernement, du 2 prairial an 11, et la lettre explicative du ministre de la marine, laquelle a exigé de la caution des armateurs, la soumission expresse de répondre, et des parts des équipages et des droits des invalides, ne peuvent avoir aucune application à la cause, parceque ce serait leur donner un effet rétroactif contre la prohibition de l'art. 2 du Code Napoléon; — Que la cour reconnaît qu'en matière de prises, les décisions ministérielles ont force de loi, puisque le Code des prises recueillies par Chardon, en offre un grand nombre d'exemples; mais que le pouvoir incontestable du Gouvernement à ce sujet, ne s'exerce jamais contre les droits acquis aux tiers, parcequ'il ne dénature pas les obligations individuelles contractées sous la foi des règlemens antérieurs;

» Considérant qu'il est inutile d'examiner comment et pourquoi les parts des équipages et les droits dus à la caisse des invalides, furent laissés par le consul de Malaga dans les mains des armateurs, et pourquoi la retenue n'en fut pas faite à cette époque, ni à celle de la liquidation définitive faite à Marseille, lieu de l'armement; — Que les armateurs ne furent poursuivis qu'en pluviose an 10; que le sieur Amiot lui-même ne fut attaqué qu'en germinal an 12, à l'époque où les armateurs étaient déjà en faillite; — Qu'en cet état, il faudrait une loi bien précise, existante à l'époque de la soumission du sieur Amiot, pour autoriser l'étendue que le préfet maritime a cru pouvoir donner à son cautionnement, et pour déterminer la cour à prononcer contre lui une condamnation que le retard des poursuites dirigées contre les armateurs, et leur faillite, rendraient personnelle et sans aucune garantie utile contre eux;

» Par ces motifs, la cour (d'appel d'Aix) a mis l'appellation au néant; ordonne que ce dont est appel tiendra et sortira son plein et entier effet.... ».

Le préfet maritime se pourvoit en cassation. L'affaire portée à l'audience de la section des requêtes, j'ai dit:

« L'arrêt attaqué par le préfet maritime de Toulon, nous paraît n'avoir violé aucune loi, et même avoir bien jugé.

» C'est un principe constant et justifié par les textes les plus précis, que les lois nouvelles sont toujours censées se référer aux lois antérieures qu'elles n'abrogent ni ne contrarient formellement; et qu'en conséquence, c'est par les dispositions de celles-ci qu'on doit suppléer au silence de celles-là. *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint*, dit la loi 28, D. *de legibus*.

» Or, l'art 7 de la déclaration du 1er février 1650 limite expressément à l'obligation *de ne méfaire aux sujets, amis et alliés de l'Etat*, l'objet du cautionnement que doivent fournir les armateurs en course. C'est donc dans le sens de cette disposition, que doivent être entendues celles de l'ordonnance de 1681 et de la loi du 23 thermidor an 3, qui déterminent la somme à laquelle doit s'élever ce cautionnement.

» Et ce qui prouve invinciblement qu'on les a toujours ainsi entendues, non seulement à l'époque où a été fourni le cautionnement dont il est ici question, mais encore depuis, c'est que le modèle de cautionnement qui est annexé à l'arrêté du Gouvernement, du 2 prairial an 11, sur les armemens en course, ne renferme que l'obligation *de payer les dommages-intérêts et amendes auxquels* l'armateur *pourrait être condamné par fait du jugement des prises qui seront faites par* son *navire*.

» Il est vrai que par sa lettre circulaire aux préfets maritimes, du 8 messidor an 11, le ministre de la marine annonce que *les administrateurs chargés de recevoir les cautionnemens..., ne doivent pas perdre de vue que le cautionnement est applicable à tous les cas résultans de la course; et qu'il est, avec la fortune de l'armateur, la garantie, non seulement des infractions aux règlemens, mais des intérêts de l'équipage et de la caisse des invalides*.

» Mais tout ce qu'on peut inférer de cette lettre, c'est que depuis qu'elle a été écrite, les administrateurs des ports ont dû exiger des armateurs en course que leurs cautionnemens fussent conçus de manière à comprendre les intérêts des équipages et ceux de la caisse des invalides de la marine, comme les infractions aux règlemens; et il n'en résulte certainement pas que l'on doive étendre jusqu'à ces objets un cautionnement souscrit en l'an 5.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du préfet maritime de Toulon ».

Source : BIU Cujas

Arrêt du 26 août 1807, au rapport de M. d'Outrepont, par lequel, — « Attendu que le règlement du mois de février 1650 soumet les armateurs à donner caution *pour obvier aux pilleries et dépréda*tions qui se commettent journellement sur la mer et de ne méfaire aux nationaux, amis ou alliés; que l'ordonnance de la marine de 1681 n'a changé ni étendu cet objet du cautionnement; et que la loi du 23 thermidor an 3 en a simplement augmenté la quotité; la cour rejette.... ». — *V. Prises.*]]

[[LETTRES DE CRÉANCE. *V. Ministre public.*]]

[[LETTRES DE RATIFICATION. Ces termes désignaient, dans notre ancienne législation, 1° les Lettres qu'on obtenait à la grande chancellerie pour purger les hypothèques dont étaient grevées les rentes sur l'Etat; 2° les Lettres qu'on obtenait dans les chancelleries établies près les tribunaux inférieurs, pour purger les hypothèques dont étaient grevés les immeubles réels et fictifs. — L'usage des premières avait été introduit en France par un édit du mois de mars 1673. Celui des secondes l'avait été par l'édit du mois de juin 1771, dont on a retracé les principales dispositions au mot *Hypothèque*, sect. 1, §. 13.

Nous ne nous proposons ici que de traiter quelques unes des questions relatives à cette deuxième espèce de Lettres, qui ont été omises à l'article cité, et peuvent se présenter encore dans les contestations dont l'origine remonte à l'ancien régime hypothécaire.

I. Lorsque, sur l'exposition publique du contrat de vente, les créanciers chirographaires du vendeur faisaient une surenchère que l'acquéreur était obligé de couvrir pour faire sceller ses Lettres de Ratification, le montant de la sur-enchère leur était-il affecté de préférence à l'acquéreur, qui la reclamait en vertu de l'hypothèque que lui avait conférée la garantie stipulée par son contrat?

Le 4 novembre 1791, Etienne Dubuc a vendu par-devant notaire, au sieur Renoult, la ferme du Cotillet, moyennant 43,000 livres. Il a été dit par le contrat de vente que l'acquéreur prendrait des Lettres de Ratification; que s'il survenait des oppositions au sceau, le vendeur serait tenu de les faire lever; et que ce ne serait qu'après leur radiation, que l'acquéreur lui paierait le prix convenu. — Il est en effet survenu des oppositions de la part de divers créanciers, tant hypothécaires que chirographaires de Dubuc. — Ces créanciers ont fait plus: usant de la faculté que leur attribuait l'art. 9 de l'édit des hypothèques, de 1771, ils ont surenchéri le prix de la vente, et l'ont porté de 43,000 à 60,000 livres. — Le sieur Renoult, exerçant à son tour la faculté que lui réservait le même article, a parfourni les 17,000 liv. de surenchère, et a eu même temps formé son opposition pour la conservation de ses droits. — Dans ces circonstances, Dubuc a fait un abandonnement général de ses biens à ses créanciers; et il est à remarquer que dans cet abandonnement s'est trouvé compris, en termes exprès, le prix de la vente de la ferme du Cotillet, lequel a été accepté par les créanciers, tel qu'il avait été fixé par les surenchères. — Les choses en cet état, le sieur Renoult a signifié aux créanciers unis, qu'il offrait de payer le prix de son adjudication jusqu'à concurrence des hypothèques antérieures au contrat de vente, mais qu'il entendait exercer sur le surplus, par préférence aux créanciers chirographaires, les droits résultans de l'hypothèque que ce même contrat lui avait assurée. — Ceux-ci ont prétendu au contraire qu'ils devaient être payés avant lui sur la partie du prix qui provenait des surenchères; et ils ont invoqué, à l'appui de cette prétention, l'art. 9 de l'édit de 1771. — Sur cette contestation, jugement intervient, d'abord au tribunal civil du département de la Seine-Inférieure, le 7 ventose an 7, ensuite, sur l'appel des créanciers, au tribunal civil du département du Calvados, le 3 germinal an 8, qui ordonne qu'il sera payé au sieur Renoult, *à l'hypothèque du 4 novembre* 1791, jour du contrat de vente, 1° la somme de 17,000 livres, prix des surenchères qu'il a été obligé de parfournir, avec intérêts, à dater du 4 janvier 1792; 2° le coût et l'expédition du procès-verbal d'enchères, etc. — Les créanciers unis, par l'organe du sieur Delamarre, leur syndic, se pourvoient en cassation.

« Ses moyens (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 23 brumaire an 9), ne sont que la répétition de ceux qu'il a employés, tant en première instance qu'en cause d'appel; et il ne s'agit par conséquent que de savoir si, en les rejetant, les tribunaux civils de la Seine-Inférieure et du Calvados ont ou n'ont pas violé l'art. 9 de l'édit du mois de juin 1771.

» Cet article, comme vous le savez, est ainsi conçu: « Pourra, pendant lesdits deux mois, tout créancier légitime du vendeur, se présenter au greffe, pour y faire recevoir une soumission d'augmenter le prix de ladite vente, au moins d'un 10e du prix principal; et dans le cas de surenchère par un autre créancier du vendeur, d'un vingtième en sus dudit prix principal par chaque surenchérisseur, ensemble de restituer à l'acquéreur les frais et loyaux coûts, et du tout donner bonne et suffisante caution....; et sera loisible à l'acquéreur de conserver l'objet vendu, en parfournissant le plus haut prix auquel il aura été porté ».

» C'est d'après cet article, que le cit. Renoult s'est vu troublé dans son acquisition par des créanciers, qui, non seulement ont formé des oppositions au sceau des Lettres de Ratification, mais ont encore augmenté le prix de la vente par des enchères et surenchères, et l'ont porté à 60,000 livres.

» Le vendeur devait faire cesser le trouble, c'est-à-dire, rapporter la main-levée des oppositions. La

Source : BIU Cujas

loi et le contrat de vente lui en imposaient l'obligation. — Il ne l'a pas fait, et le cit. Renoult n'a pu se maintenir dans son acquisition, qu'en parfournissant le plus haut prix auquel on l'avait portée. — Il a donc été contraint de payer un supplément de 17,000 livres.

» Cette somme, il ne la devait pas, puisque la ferme du Cotillet lui avait été vendue pour 43,000 livres, et que son vendeur était obligé de l'en faire jouir à ce prix.

» Sans doute, les créanciers opposans au sceau des Lettres de Ratification, ne sont pas obligés de se contenter du prix porté au contrat; et il leur est permis d'y mettre des enchères, afin d'assurer le paiement de ce qui leur est dû. S'il en était autrement, des créanciers pourraient être frustrés de leurs droits, par le seul fait du vendeur qui est toujours le maître d'aliéner ses immeubles à telle condition qu'il lui plaît, et qui, soit par légèreté, soit par ignorance, soit par collusion, pourrait les vendre au-dessous de leur juste prix.

» Mais le prix qui a été convenu de bonne foi, fait la règle entre le vendeur et l'acquéreur; et celui qui a vendu un immeuble pour 43,000 livres, ne peut pas faire payer 60,000 livres.

» Si l'acquéreur, pour se maintenir dans son acquisition, se trouve forcé de payer aux créanciers de son vendeur, une somme quelconque au-delà du prix de la vente, le vendeur est tenu de l'en indemniser; il lui en doit le remboursement.

» C'est ce qu'enseignait, par rapport aux décrets volontaires, d'Héricourt, dans son *Traité de la Vente des immeubles*, chap. dernier. — « A légard des tiers-opposans (dit-il), qui n'ont point contracté avec l'acquéreur, les conventions du contrat ne peuvent leur faire de préjudice, et ils sont en droit de le contraindre à leur payer le prix de l'adjudication, à quelque somme qu'elle puisse monter; *mais en ce cas, l'acquéreur a un recours de garantie contre son vendeur, pour être indemnisé de ce qu'il a payé au-delà de ce qui est stipulé par le contrat de vente* ».

» La loi du 11 brumaire an 7, sur le nouveau régime hypothécaire, porte également, art. 35, que *l'acquéreur qui préférerait de solder toutes les créances, a son recours contre le vendeur pour le remboursement de ce qu'il aura payé ou devra payer en sus du prix stipulé par le contrat de vente, et pour les intérêts de cet excédant, à compter du jour du paiement.*

» Et il est bien aise de se convaincre que cette disposition, si elle n'est pas consacrée formellement par l'édit de 1771, est au moins puisée dans son esprit.

» En effet, l'art. 7 de cette loi porte : — « Les Lettres de Ratification purgeront les hypothèques et privilèges à l'égard de tous les créanciers qui auront négligé de faire leur opposition.....; et les acquéreurs des immeubles en demeureront propriétaires incommutables....; sans que néanmoins lesdites Lettres de Ratification puissent donner aux acquéreurs, relativement à la propriété, plus de droits que n'en auraient les vendeurs, l'effet desdites Lettres étant restreint à purger les privilèges et hypothèques seulement ».

» Les conséquences qui résultent de ce texte, sont évidentes : l'effet des Lettres de Ratification est de purger les hypothèques, elles n'en ont pas d'autre; elles assurent à l'acquéreur la propriété de l'immeuble vendu, en faisant déchoir de leurs droits, les créanciers du vendeur qui n'auraient pas formé opposition au sceau; mais elles ne lui donnent rien de plus que ce que lui donne le contrat de vente, elles ne sont pas un titre nouveau dont on puisse exciper pour ou contre lui. — Qu'il se présente ou non des créanciers opposans pendant l'affiche du contrat, son état est toujours le même vis-à-vis du vendeur; le contrat n'en est point changé; elles en dérivent, comme un effet de sa cause; elles ne peuvent subsister sans lui, mais il existe sans elles et indépendamment d'elles; en un mot, elles le confirment, mais elles n'y ajoutent rien; elles assurent son effet et son exécution, mais elles n'altèrent point sa substance, et ne changent rien aux conditions qui lui ont servi de base; et c'est ici que l'on peut appliquer, dans toute son étendue, le célèbre principe de Dumoulin : *Qui confirmat nihil dat, nihil novi juris confert.*

» Si les Lettres de Ratification ne changent rien au contrat par rapport à l'acquéreur, il s'ensuit qu'elles ne peuvent y rien changer par rapport au vendeur; car leurs engagemens sont réciproques, et l'invariabilité des uns doit assurer l'invariabilité des autres. Si donc l'acquéreur ne peut pas, après les Lettres de Ratification, prétendre plus de droits sur l'immeuble, que ne lui en a donné le contrat de vente, le vendeur ne peut pas, à son tour, prétendre pour cet immeuble une plus forte somme que celle que le contrat lui assure. Par conséquent, si l'acquéreur vient, par l'effet des surenchères, à être forcé de payer aux créanciers du vendeur quelque chose au-delà du prix porté par le contrat de vente, il est évident que le vendeur doit lui en faire raison.

» Et c'est précisément ce qu'enseigne le cit. Grenier, dans son *Commentaire sur l'édit de 1771*, pages 180 et suivantes de la seconde édition : — « Les enchères, dit-il, tournent-elles au profit du vendeur? l'acquéreur peut-il exercer un recours contre le vendeur, à l'effet d'en être indemnisé? — Il ne paraît pas qu'on doive faire une différence à cet égard entre le décret volontaire et les Lettres de Ratification. Or, quand le décret volontaire devenait forcé, et lorsque l'acquéreur se rendait adjudicataire, il était obligé de payer aux créanciers le prix de l'adjudication, à quelque somme qu'elle pût monter; mais en ce cas, l'acquéreur avait un recours en garantie contre son vendeur, pour être indemnisé de ce qu'il avait

Source : BIU Cujas

payé au-delà de ce qui avait été stipulé par le contrat de vente. — En effet, dans le cas même d'obtention de Lettres de Ratification, le contrat de vente ne laisse pas de régler les conventions entre le vendeur et l'acquéreur. Le vendeur ne peut s'en écarter; il ne peut pas imputer à l'acquéreur d'avoir voulu obtenir des Lettres de Ratification. Cette faculté donnée par la loi, et sous-entendue entre les parties, a le même effet que la permission de faire un décret volontaire, insérée dans le contrat. S'il survient des enchères, c'est par le fait du vendeur; il doit autant en indemniser l'acquéreur, qu'il doit faire cesser les oppositions des créanciers; en un mot, il a contracté l'engagement de faire passer l'héritage à l'acquéreur, moyennant le prix convenu ».

» A ces raisons si décisives, ajoutons-en une qui ne l'est pas moins. — Lorsque l'acquéreur, par l'effet des oppositions et des enchères, est forcé de payer un supplément, c'est le vendeur qui en profite, puisque ce supplément est employé au paiement de ses dettes; — Mais il ne doit pas en profiter, puisqu'il ne lui est dû par l'acquéreur que le prix convenu entre eux; — Mais l'acquéreur ne doit pas payer les dettes du vendeur, et celui-ci est tenu de l'en garantir. — Il y est tenu par la loi; et dans l'espèce actuelle, il y est tenu encore par la convention. Dubuc, en effet, s'est obligé par le contrat de vente, de faire lever les oppositions qui seraient formées au sceau des Lettres de Ratification et d'en faire prononcer la radiation dans la quinzaine; et c'est parcequ'il n'a pas rempli cette obligation, c'est parcequ'il n'a pas fait cesser les causes qui ont donné lieu aux oppositions et aux enchères de ses créanciers, que le cit. Renoult a été obligé de payer pour lui une somme de 17,000 livres.

» Ces principes posés et bien conçus, il ne reste plus qu'à savoir si le droit du cit. Renoult, de répéter contre son vendeur le remboursement des 17,000 livres dont il s'agit, doit primer les dettes chirographaires de ce même vendeur, c'est-à-dire, si le cit. Renoult doit être rempli de ce qu'il a payé pour parfournir les surenchères, avant que les créanciers chirographaires puissent rien exiger? Or, la chose est hors de doute, puisque le droit du cit. Renoult est établi par un contrat notarié qui, à l'époque de sa passation, emportait hypothèque, tandis que les créanciers chirographaires n'ont aucune espèce d'hypothèque à faire valoir.

» On le jugeait ainsi sous le régime des décrets volontaires, non pas, à la vérité, contre les créanciers chirographaires, qui n'avaient pas alors la faculté de surenchérir le prix porté au contrat de vente, mais, ce qui revient au même, contre les créanciers hypothécaires dont les hypothèques étaient postérieures à celle de l'acquéreur; et on le jugeait ainsi, même dans le cas où l'acquéreur n'avait pas formé opposition au sceau pour la conservation de sa propre hypothèque; témoins deux arrêts du parlement de Paris, des 22 août 1673 et 24 mars 1676, rapportés au Journal du palais, dans l'ordre de leurs dates; et cette jurisprudence, qui est parfaitement justifiée par Delaurière, sur l'art. 134 de la coutume de Paris, a encore été maintenue sous le régime des Lettres de Ratification introduites par l'édit de 1771, comme le prouve un arrêt du même tribunal, du 20 août 1782, lequel a jugé que l'acquéreur qui a acheté un immeuble en paiement d'une créance hypothécaire qu'il avait sur le vendeur, est préféré, sur le montant de cette créance, ainsi que sur les surenchères, aux créanciers postérieurs en hypothèque, quoique d'ailleurs il n'ait pas formé d'opposition pour la conservation de ses droits.

» Dans l'espèce actuelle, le cit. Renoult n'avait pas même à combattre le défaut d'opposition de sa part; il s'était lui-même rendu opposant au sceau de ses propres Lettres; il ne pouvait conséquemment y avoir le plus léger doute sur la conservation de son hypothèque; et, dès-là, il se trouvait nécessairement dans le cas de l'art. 19 de l'édit de 1771, qui, en fixant l'ordre dans lequel doit être faite entre les créanciers du vendeur, la distribution des deniers provenans de la vente et des surenchères, assure à tout créancier hypothécaire, sans distinction ni exception quelconque, la priorité sur les simples créanciers chirographaires.

» Le jugement attaqué par le demandeur est donc évidemment conforme, et à la Lettre, et à l'esprit de l'édit des hypothèques du mois de juin 1771; aussi le demandeur n'y oppose-t-il que de vaines subtilités.

» Il est forcé de convenir que, par l'art. 19 de l'édit, le créancier hypothécaire, quel qu'il soit, est préféré à tous les créanciers chirographaires. — Mais il prétend que l'art. 9 déroge à sa disposition pour le cas qui se présente.

» Une réflexion bien simple suffit pour détruire ce système. L'art. 19 établit une règle générale, il l'établit clairement et dans les termes les plus précis, il ne la restreint par aucune distinction, il ne la limite par aucune exception, il veut, en un mot, et il veut indéfiniment *qu'entre les créanciers opposans, après les privilégiés acquittés, les hypothécaires soient colloqués suivant l'ordre et le rang de leurs hypothèques*, et que les créanciers chirographaires ne puissent venir par contribution, que sur ce qui reste de deniers après l'entier paiement des créanciers privilégiés et hypothécaires.

» Telle est, encore une fois, la règle générale établie par l'art. 19; et il n'est pas besoin d'avertir qu'elle ne peut être restreinte que par une exception aussi certaine, aussi positive, aussi claire qu'elle-même; et que pour peu qu'il y ait de doute sur le point de savoir si l'exception prétendue existe ou n'existe pas, la règle générale doit conserver tout son empire et l'exercer dans toute son étendue.

Source : BIU Cujas

» Or, cette exception prétendue, la trouverons-nous dans l'art. 9? On conviendra d'abord qu'il s'en faut beaucoup qu'elle y soit exprimée nettement et avec une clarté qui répond à celle de la règle générale consignée dans l'art. 19. — Or, en voilà déjà assez pour faire juger qu'elle n'existe pas, puisque si elle eût été dans l'intention du législateur, il n'aurait pas manqué de la manifester en caractères précis et lumineux.

» Mais il y a plus : l'art. 9 ne contient pas un mot sur lequel on puisse asseoir même une conjecture plausible de l'existence de cette exception. Que porte-t-il en effet? Il prévoit deux cas :

» Ou l'un des créanciers surenchérisseurs demeure adjudicataire du bien, et par-là évince l'acquéreur : — Ou l'acquéreur parfournit la dernière surenchère et conserve l'objet vendu.

» Que se fait-il dans chacun de ces deux cas? L'art. 9 n'en dit rien.

» Sans doute, dans le premier cas, le créancier qui demeure adjudicataire, et, dans le second, l'acquéreur, sont obligés de consigner le plus haut prix auquel le bien a été porté; mais ce prix, que devient-il? Là-dessus, profond silence de l'art. 9; c'est qu'en effet l'art. 9 n'a point pour objet de régler les droits respectifs des créanciers sur ce prix; ce soin appartient à l'art. 19, et l'art. 9 le lui renvoie; il s'en réfère à lui, par cela seul qu'il n'en parle pas.

» Le demandeur suppose perpétuellement que c'est aux créanciers chirographaires que l'art. 9 ordonne à l'acquéreur de rapporter le plus haut prix, s'il veut conserver l'objet vendu, et c'est une grande erreur: ce n'est pas plus aux créanciers chirographaires qu'aux autres créanciers que le rapport doit être fait; l'art. 9 veut que l'acquéreur rapporte ou parfournisse, mais il ne dit pas à qui; et de là il suit nécessairement que c'est à la masse des créanciers, afin que chacun d'eux, et par conséquent lui-même, s'il est du nombre des créanciers, exercent sur le prix rapporté ou parfourni, les droits que leur donne respectivement la nature de leurs créances.

» Mais, objecte encore le demandeur, l'art. 9, en accordant à l'acquéreur la faculté de parfonruir, pour conserver l'objet vendu, n'ajoute point qu'il pourra se faire colloquer dans l'ordre, pour être dédommagé de cette augmentation de prix. — Non, il ne l'ajoute point; mais aussi il ne dit pas le contraire, et il faudrait qu'il dît expressément le contraire pour que l'acquéreur n'en eût point le droit, puisque ce droit est inhérent à l'hypothèque résultante de son contrat notarié; d'ailleurs, encore une fois, il n'entrait point dans le plan de l'art. 9 de s'occuper de l'ordre dans lequel le prix rapporté ou parfourni serait distribué; cet objet était réservé pour l'art. 19.

» Le demandeur insiste et dit : l'art. 9 accorde un dédommagement à l'acquéreur dans le cas où il est évincé par un créancier surenchérisseur; il veut qu'en ce cas, le créancier surenchérisseur rembourse à l'acquéreur ses frais et loyaux coûts; mais il ne lui accorde rien pour son indemnité, dans le cas où il consent à parfournir le plus haut prix; il n'est donc rien dû, dans ce dernier cas, à l'acquéreur; *inclusio unius est exclusio alterius.*

» Ce raisonnement n'est qu'un pur sophisme. l'art. 9 s'explique sur le dédommagement dû à l'acquéreur dans le cas où il est évincé, parcequ'alors, dans toutes les hypothèses possibles, il a droit à ce dédommagement, parceque, dans toutes les hypothèses possibles, son éviction ne peut être consommée que par la restitution de ses frais et loyaux coûts. Mais quand l'acquéreur parfournit, il ne s'ensuit pas toujours qu'il reprendra son dédommagement sur le montant des surenchères; car il peut arriver que le montant des surenchères soit absorbé par les créanciers hypothécaires qui précèdent l'acquéreur en ordre de date; il ne pouvait donc pas être question, dans cette partie de l'article, de dire que l'acquéreur, en parfournissant, se vengerait sur le montant des surenchères; si l'article l'avait dit, dans cette partie de ses dispositions, il aurait dit une chose qui souvent eût été illusoire; il était plus sage de n'en pas parler et de s'en référer à l'art. 19.

» Le demandeur a fait une autre objection qui se réduit à ceci : — Sous le régime des décrets volontaires, l'acquéreur était nécessairement le dernier créancier hypothécaire du vendeur sur l'immeuble vendu; et par suite, il ne pouvait jamais, en parfournissant le plus haut prix, primer, sur le montant des surenchères, les créanciers surenchérisseurs; — Or l'art. 9 de l'édit de 1771 assimile, pour la faculté de surenchérir, les créanciers chirographaires aux créanciers hypothécaires, en sorte que cette faculté, qui sous le régime des décrets volontaires, n'appartenait qu'à ceux-ci, leur est devenue, sous l'édit de 1771, commune avec ceux-là. — Donc sous l'édit de 1771, comme sous le régime des décrets volontaires, les créanciers surenchérisseurs, hypothécaires ou non, doivent être préférés à l'acquéreur qui parfournit.

» Nous ne croyons pas avoir affaibli l'objection du demandeur, voici la réponse : c'est que la majeure est fausse, la mineure douteuse, et la conséquence absurde.

» La majeure est fausse, car, sous le régime des décrets volontaires, comme sous l'édit de 1771, et même encore aujourd'hui, l'acquéreur peut avoir été créancier hypothécaire du vendeur antérieurement au contrat de vente; dans l'intervalle de l'acte qui constituait sa créance hypothécaire, à son acquisition, le vendeur peut avoir contracté de nouvelles dettes et par conséquent hypothéqué de nouveau le bien qu'il a ensuite vendu; et ce bien, l'acquéreur peut l'avoir acheté au prix de sa créance. — Dans ce cas, assurément, l'acquéreur n'est pas le dernier créancier hypothécaire du vendeur sur l'immeuble qu'il a acheté; et par suite, si les créanciers qui lui sont postérieurs en ordre

Source : BIU Cujas

d'hypothèque, viennent à surenchérir son contrat, il a droit, en parfournissant, de les primer même sur le montant des surenchères; — Et c'est précisément ce qu'enseigne Delaurière à l'endroit que nous citions tout à l'heure; c'est précisément ce qu'ont jugé les trois arrêts de 1673, 1676 et 1782, que nous avons également cités.

» Ainsi tombe, ou plutôt ainsi se retorque même contre le cit. Delamarre, la *majeure* de son objection.

» Nous avons ajouté que la *mineure* était douteuse, et en effet, il n'est pas généralement reconnu que la disposition de l'art. 9 de l'édit de 1771, qui autorise *tout créancier légitime* à surenchérir, s'applique aux créanciers purement chirogaphaires. Tel est, à la vérité, l'avis du cit. Grenier dans son Commentaire sur cet édit; mais il cite lui-même un autre commentateur qui est d'une opinion contraire, et voici comment celui-ci la défend: — « Il n'y a que les créanciers hypothécaires ou privilégiés.... (*V. Hypothèque*, sect. 1, §. 13, n. 16.)

» Nous ajouterons que ce qui donne à cette opinion un grand caractère de vraisemblance, c'est qu'elle est littéralement conforme, et à la loi du 11 brumaire an 7 qui a remplacé l'édit de 1771, et à la jurisprudence des décrets volontaires à laquelle cet édit avait succédé.

» Mais du reste, bien fondée ou non, cette opinion prouve toujours qu'on ne peut pas regarder la doctrine contraire comme tellement irréfragable, qu'elle puisse servir de base certaine à un raisonnement qui tendrait à faire résulter du silence de l'art. 9 de l'édit de 1771 sur les droits de l'acquéreur parfournissant, une dérogation à la règle générale établie par l'art. 19 de la même loi pour l'ordre et la distribution du prix.

» Enfin, nous avons dit que la conséquence de l'argument du demandeur était absurde, et c'est une vérité facile à saisir.

» Supposons avec le demandeur, et supposons contre l'évidence, que sous le régime des décrets volontaires, il ait été impossible que l'acquéreur ne fût pas toujours le dernier créancier hypothécaire du vendeur sur l'immeuble vendu; supposons par suite qu'il ait été impossible qu'en parfournissant le plus haut prix, il ne fut pas toujours primé sur le montant des surenchères, par le créanciers hypothécaires surenchérisseurs. — Eh bien! on voudrait conclure de là que, sous le régime de 1771, les créanciers chirographaires surenchérisseurs dussent le primer également sur cette partie du prix! Mais c'est une véritable dérision. Les créanciers surencherisseurs primaient toujours l'acquéreur sous le regime des décrets volontaires (encore une fois, nous voulons bien le supposer), mais pourquoi? parcequ'ils étaient eux-mêmes hypothécaires et que leurs hypothèques étaient, dans notre supposition, antérieures à la sienne. En est-il de même des créanciers chirographaires? assurément non: qui dit créancier chirographaire, dit un créancier sans hypothèque, ou, en d'autres termes, un créancier, qui, sur un objet quelconque mis en distribution, ne peut jamais être colloqué qu'après tous les créanciers hypothécaires, et par conséquent après l'acquéreur parfournissant, puisque l'acquéreur parfournissant est lui-même hypothécaire en vertu de son contrat.

» Mais, s'écrie le cit. Delamarre, si l'art. 9 de l'édit de 1771 ne donnait pas véritablement aux créanciers chirographaires surenchérisseurs, le droit d'être préférés, sur le montant des surenchères, à l'acquéreur parfournissant, s'il permettait à celui-ci de reprendre d'une main, comme creancier hypothécaire, ce qu'il aurait parfourni de l'autre, comme acquéreur, il faudrait donc dire que cet article, en autorisant les surenchères, n'aurait introduit qu'une faculté illusoire, n'aurait fait qu'une disposition qui ne peut jamais aboutir à aucun effet réel, pour ceux qui s'y conforment; et certainement de pareilles dispositions ne peuvent pas se supposer dans une loi.

» Deux réponses. — 1° La loi, en permettant aux créanciers de surenchérir, ne leur en impose pas l'obligation; c'est à eux à bien examiner leurs titres, à les apprécier, à les comparer avec ceux que l'acquéreur pourra leur opposer, et à prendre leur parti en conséquence. Ainsi, le créancier dont l'hypothèque est antérieure à celle de l'acquéreur, surenchérira avec la certitude de primer l'acquéreur même parfournissant, sur la somme à laquelle s'élèveront les surenchères; et certes, il ne dira pas, lui, que la disposition de la loi est illusoire. — Mais de ce que vous n'êtes pas dans une position à recueillir l'effet de la faculté que la loi vous accorde, vous allez en conclure que la loi vous a tendu un piège! c'est comme si, après avoir exercé sans succès la faculté qu'elle vous donne, de vous pourvoir en cassation contre un jugement en dernier ressort, vous veniez l'accuser de vous avoir entraîné elle-même dans une procédure frustratoire. — Règle générale: toutes les fois que la loi accorde une faculté, elle en fait bien dériver un droit, mais ce droit elle ne l'assure pas à tout le monde, elle le subordonne aux titres et à la position de chacun des individus qui croient pouvoir mettre cette faculté en exercice.

» 2° S'il était vrai, comme le prétend le demandeur, que la faculté de surenchérir ne pût jamais être d'aucune utilité aux créanciers chirographaires, à moins qu'ils ne primassent l'acquéreur sur le montant des surenchères, quelle serait, en bonne logique, la conséquence à tirer de là? — Assurément on ne devrait pas en conclure que, sur le montant des surenchères, l'hypothèque de l'acquéreur dût être primée par des créanciers purement chirographaires; car ce serait déranger l'ordre général des préférences, ce serait intervertir les principes les plus sacrés en matière de distribution de deniers, ce serait enfin établir par simple induction, la plus étrange exception, la limitation la plus extraordinaire à la règle établie par l'art. 19. — Mais ce qu'on devrait, au contraire, en inférer,

Source : BIU Cujas

c'est que les créanciers chirographaires ne sont pas compris dans la disposition de l'art. 9 qui permet à *tout créancier légitime* du vendeur de surenchérir ; et ce serait une raison de plus à ajouter à celles qui appuient l'opinion suivant laquelle, en effet, cette disposition leur est étrangère.

» Résumons. — Il est démontré que le cit. Renoult est bien fondé à réclamer sur les biens de son vendeur, la somme de 17,000 liv. qu'il a été obligé, par l'effet des surenchères, de payer en sus du prix originairement convenu. — Le droit du cit. Renoult à ces 17,000 liv., procédant de son contrat d'acquisition, c'est à la date de ce même contrat que doit se reporter l'hypothèque qu'il a pour cet effet sur les biens de son vendeur. — Il est hors de doute que la créance du cit. Renoult étant fondée sur un titre authentique et qui emporte hypothèque, a dû être, comme elle l'a été par les jugemens attaqués par le demandeur, déclarée préférable aux simples créances hypothécaires. — Les jugemens attaqués par le demandeur, n'ont donc pas, comme il le prétend, violé l'art. 9 de l'édit du mois de juin 1771. — Et nous estimons en conséquence qu'il y a lieu de rejeter sa demande ».

Ces conclusions n'ont pas été suivies. Par arrêt du 23 brumaire an 9, au rapport de M. Barris, la requête du syndic a été admise ; et l'affaire portée en conséquence à la section civile, arrêt y est intervenu, le 2 ventose an 10, au rapport de M. Oudot et conformément aux conclusions de M. Arnaud, par lequel, — « Vu l'art. 9 de l'édit du mois de juin 1771 ; — Attendu qu'en décidant que le bénéfice de la surenchère appartenait à l'acquéreur en vertu de son hypothèque pour l'indemnité résultante de ce qu'il a été obligé de couvrir les surenchères pour conserver son acquisition, le jugement attaqué a faussement appliqué l'art. 19 de la loi de 1771, et a contrevenu à l'art. 9 de ladite loi, puisque cet article n'accorde à l'acquéreur la faculté de conserver l'objet à lui vendu, qu'en parfournissant le plus haut prix auquel il a été porté ; — Attendu que le privilège accordé par l'art. 9 en faveur des créanciers chirographaires, deviendrait nul, si l'acquéreur pouvait, sous le prétexte d'une hypothèque de l'espèce de celle dont il s'agit, s'attribuer à lui-même le montant des surenchères, à l'exclusion desdits créanciers chirographaires ; — Le tribunal casse et annulle le jugement rendu le 3 germinal an 8, par le tribunal civil du département du Calvados..... ».

J'ai su depuis que l'on eût jugé tout autrement, si l'on eût reproduit devant la section civile, toutes les raisons que j'avais fait valoir devant la section des requêtes.

Aussi, la question s'étant représentée dans la suite, l'arrêt du 2 ventose an 10 n'a fait aucune impression. — Le 28 janvier 1791, le sieur Gilbert d'Halcine vend, avec promesse de garantie de toute éviction, la terre d'Herblay à la dame Dumesnil, moyennant la somme de 51,000 fr. — La dame Dumesnil fait exposer son contrat au bureau des hypothèques ; et y forme une opposition pour sûreté de la garantie qui lui est due. — Surviennent des surenchères qui portent le prix à 125,000 fr. La dame Dumesnil consigne cette somme et garde la terre. — On procède à l'ordre, et tous les créanciers hypothécaires antérieurs à la vente, à qui il est dû environ 80,000 francs, sont, sans difficulté, colloqués en première ligne pour cette somme. — La dame Dumesnil prétend l'être après eux sur les 45,000 fr. ou environ qui restent. — Les sieurs Gilbert et compagnie, créanciers chirographaires, renouvellent le système que les créanciers unis de Dubuc avaient déjà soutenu avec succès. — Par arrêt du 14 fructidor an 10, « considérant que le droit de surenchère n'appartient pas aux créanciers chirographaires opposans ; que le prix du contrat reste toujours le même à leur égard ; qu'ils n'ont aucun droit pour contester ce prix, et par conséquent aucun droit au supplément produit par les surenchères » ; la cour d'appel de Paris ordonne que la dame Dumesnil sera colloquée, comme créancière hypothécaire en vertu de son contrat d'acquisition. — Recours en cassation de la part des sieurs Gilbert et compagnie : ils invoquent l'art. 9 de l'édit de 1771, qui autorise *tous créanciers légitimes* à surenchérir ; et ils en tirent la conséquence qu'ils ont droit, avant l'acquéreur, au produit de la surenchère : s'il en était autrement, disent-ils, que nous servirait la faculté de surenchérir ? bien évidemment elle ne serait pour nous qu'une vaine illusion. — La dame Dumesnil, assignée devant la section civile en exécution d'un arrêt de la section des requêtes qui admet le recours des sieurs Gilbert et compagnie, répond, 1° qu'il n'est pas vrai que dans l'art. 9, les créanciers chirographaires soient compris sous les mots *créanciers légitimes* ; 2° que d'ailleurs le droit de surenchérir n'emporte pas celui de primer l'acquéreur devenu créancier hypothécaire. — Par arrêt du 20 germinal an 12, sur délibéré, au rapport de M. Rousseau, — « Considérant que, sans entrer dans la question de savoir si les créanciers chirographaires ont droit ou non de surenchérir, il est constant du moins, d'après l'art. 19 de l'édit de 1771, qu'ils n'ont droit au prix qu'autant qu'il en reste quelque chose après le paiement entier des créanciers privilégiés et hypothécaires ; — Qu'il est constant que la dame Dumesnil était créancière hypothécaire à la date de son contrat d'acquêt, pour la garantie à exercer pour raison du prix des surenchères qu'elle a couvertes ; que la légitimité de cette garantie est chose jugée à son profit, et qu'elle avait formé son opposition pour la conservation de cette créance ; — Que de là il suit qu'à raison de cette hypothèque conservée, elle avait droit sur le prix des surenchères, par préférence aux créanciers chirographaires, ou devenus seulement hypothécaires depuis la date du contrat ; — Que pour lui enlever cette préférence, on ne peut pas argumenter de ce que la dame Dumesnil s'est obligée à parfournir le prix des surenchères, parceque cette obligation ne

Source : BIU Cujas

peut s'entendre que relativement aux créanciers qu'elle ne primait pas, et non à des créanciers chirographaires qui n'avaient de droit qu'après les hypothécaires, au nombre desquels elle se trouvait placée par son contrat; — Qu'il n'est pas exact de dire que, de cette manière d'entendre l'édit, il résultera que la faculté qu'il donne aux créanciers chirographaires de participer au prix, leur deviendra inutile, s'ils sont primés par l'acquéreur lui-même, à raison de son indemnité, puisque, d'une part, revient toujours la vérité, que l'édit ne les appelle qu'après les hypothécaires; et d'autre part, il peut arriver, par le défaut d'opposition des hypothécaires, par le vice de cette opposition, par la négligence même de l'acquéreur à faire un acte conservatoire, que ces créanciers chirographaires soient alors utilement appelés par la loi; — La cour rejette..... ».

II. Les Lettres de ratification purgeaient-elles l'hypothèque de la dot de la femme sur les biens de son mari?

Cette question offrait de grandes difficultés pour les pays de droit écrit et pour les coutumes, telles que celle d'Auvergne, où la dot était inaliénable.

On disait, pour la négative, qu'astreindre la femme à la nécessité de former opposition au sceau des Lettres de ratification prises par l'acquéreur des biens de son mari, c'eût été attaquer le principe de l'inaliénabilité de la dot; et que la femme qui ne pouvait pas aliéner sa dot en agissant, ne pouvait pas la perdre en n'agissant pas.

On répondait que l'art. 17 de l'édit du mois de juin 1771 obligeait *toutes personnes, de quelque qualité et condition qu'elles fussent, même.... les femmes en puissance de mari, de former opposition ....., sous peine de déchéance de leurs hypothèques;* qu'à la vérité, l'art. 32 de la même loi admettait une exception à cette règle générale, mais qu'il la limitait expressément au *douaire non ouvert.*

La question fut soumise au législateur par le parlement de Navarre; et voici dans quels termes la résolut une déclaration du 9 février 1772, que cette cour enregistra le 14 mars suivant: — « Louis ...., par notre édit du mois de juin 1771, nous aurions établi les formes et les règles les plus propres à assurer aux créanciers la conservation de leurs hypothèques et le paiement de leurs créances, et aux acquéreurs, la tranquillité et leur entière libération; c'est particulièrement dans le ressort du parlement de Pau que cette loi était le plus nécessaire, parceque les acquéreurs n'y avaient aucun moyen de se mettre à l'abri des hypothèques des créanciers, et cette cour a en effet enregistré cet édit; mais son zèle l'a portée en même temps à nous représenter que, suivant les coutumes de Béarn, les dots des femmes sont hypothéquées sur les biens de leurs maris, sont affectées aux descendans du mariage, et à ceux qui les ont constituées par une espèce de substitution légale, qui s'étend jusqu'à trois degrés, et que cette portion privilégiée du patrimoine des familles étant leur ressource la plus précieuse, il ne serait pas juste que ceux qui y sont appelés, mais dont les droits ne sont pas ouverts, en demeurassent déchus, faute de s'y être opposés, lorsqu'ils étaient dans l'impuissance d'agir; et comme nous n'avons point entendu porter atteinte à un usage, dont l'ancienneté et une constante pratique garantissent la sagesse: ayant égard aux représentations de notre cour, nous avons résolu d'expliquer nos intentions à ce sujet. A ces causes... déclarons et ordonnons, voulons et nous plaît, en interprétant l'art. 32 de notre édit, que les femmes, pendant la vie de leurs maris, ni leurs descendans, tant que leurs droits ne seront pas ouverts, ni les constituteurs des dots, ou leurs représentans, tant qu'il existera des enfans ou descendans du mariage, ne seront point tenus de former opposition pour conserver l'hypothèque des dots; mais que nonobstant les dispositions de notre édit, ceux qui auront été (lors de l'aliénation des biens affectés auxdites dots), dans l'impuissance d'agir, puissent exercer leurs droits, actions et hypothèques sur lesdits biens vendus, en conformité de la jurisprudence et des usages et règlemens de notre parlement, de même qu'il en était usé avant ledit édit ».

Cette déclaration n'a été, comme l'on voit, donnée que pour le ressort du parlement de Pau; et par conséquent la question est restée entière pour les autres parties de la France.

Elle s'est présentée au parlement de Paris en 1785; et par arrêt du 14 juillet, confirmatif d'une sentence du bailliage de Mazarin, du 20 février 1784, cette cour l'a jugée contre la femme; mais c'était pour un pays coutumier où la dot de la femme n'était pas inaliénable. *V.* la *Gazette des Tribunaux*, tom. 20, n. 1.

Le parlement de Toulouse avait adopté l'opinion contraire; et elle a encore prévalu assez récemment dans la cour d'appel qui siège aujourd'hui dans la même ville. Voici le fait:

Le 12 octobre 1781, contrat de mariage entre le sieur Detté et la demoiselle Belan. Celle-ci se constitue en dot tous ses biens, droits et actions présens et à venir, et stipule que les deniers dotaux que touchera ou percevra le futur époux, demeureront reconnus et hypothéqués sur ses propres biens. Il est dit en outre que les conventions matrimoniales seront réglées par la coutume de Toulouse; qu'en conséquence, le mari, s'il survit à sa femme, gagnera la dot entière; et que dans le cas contraire, la femme retirera sa dot et prendra son augment sur les biens du mari. — Le 29 avril 1793, le sieur Detté vend au sieur Denosjean un domaine situé à Odard, sur lequel la dot de son épouse est hypothéquée. — Le 27 juin suivant, l'acquéreur obtient des Lettres de Ratification qui sont scellées sans opposition de la part de la dame Detté. — Le 17 prairial an 2, le sieur Denosjean revend ce domaine à la dame Albert qui ne prend pas de Lettres de Ratification. — Le 9 germinal

Source : BIU Cujas

an 7, le sieur Detté meurt insolvable. — Le 6 frimaire an 8, la veuve Detté prend une inscription hypothécaire sur ce domaine; et le 12 germinal suivant, elle forme, contre la dame Albert, devant le tribunal de première instance de Toulouse, une demande en déclaration d'hypothèque. — La dame Albert appelle en garantie le sieur Denosjean, qui se joint à elle pour soutenir que l'hypothèque de la dame Detté a été purgée par le sceau des Lettres de Ratification qu'il a obtenues, sans aucune opposition de sa part, le 27 juin 1793. — La veuve Detté met en cause Joséphine Detté sa fille, pour se voir condamner en sa qualité d'héritière bénéficiaire de son père, à lui payer sa dot et son augment.

Le 7 fructidor an 10, jugement qui — « condamne Joséphine Detté, en la qualité qu'elle procède, à payer à la veuve Detté la somme de 16,000 francs, montant de sa constitution dotale, ensemble celle de 8,000 fr. pour le droit d'augment par elle gagné par le prédécès de son mari; — déclare les biens vendus par feu Reymond Detté à François Denosjean, par l'acte public du 19 avril 1793, et actuellement possédés par la dame Albert, affectés et hypothéqués en faveur de la veuve Detté, à concurrence du montant des condamnations ci-dessus prononcées en sa faveur contre Joséphine Detté; permet à la veuve Detté de poursuivre l'expropriation forcée desdits biens, pour le prix en provenant servir, jusqu'à due concurrence, au paiement desdites condamnations, si mieux ladite dame Albert et ledit Denosjean n'aiment en acquitter le montant; — et faisant droit sur la demande en garantie formée par ladite dame Albert contre ledit Denosjean, condamne ce dernier à relever et garantir ladite dame Albert des condamnations contre elle ci-devant prononcées en faveur de la veuve Detté. . . . »

Le sieur Denosjean et la dame Albert appellent de ce jugement; mais, par arrêt du 30 messidor an 12, la cour de Toulouse dit qu'il a été bien jugé.

Recours en cassation fondé sur les art. 17 et 32 de l'édit du mois de juin 1771. — « De ces articles combinés avec les autres dispositions de la loi, qui attribuent aux Lettres de Ratification l'effet de purger les hypothèques et privilèges de tous les créanciers du vendeur, qui ont laissé sceller ces Lettres sans opposition, il résulte (dit le sieur Denosjean), que la veuve Detté était déchue de son hypothèque sur le domaine d'Odard, faute par elle d'avoir formé son opposition entre les mains du conservateur avant le sceau des Lettres de Ratification obtenues sur la vente que son mari avait faite de ce domaine par l'acte public du 19 avril 1793 ».

« Ce système (a répondu la veuve Detté, par l'organe de M. Mailhe), n'est point difficile à réfuter.

» D'abord, l'art. 17 qui soumet les *femmes en puissance de mari*, ainsi que les mineurs et les interdits, à la nécessité de former opposition pour la conservation de leurs hypothèques, est inapplicable à l'espèce que nous discutons.

» Remarquons bien, en effet, que cet article ne parle pas des femmes mariées en général, mais seulement des *femmes en puissance de mari*. — Or, il est constant qu'antérieurement à la publication du Code civil, les femmes n'étaient en puissance de mari que dans les pays de droit coutumier. — Quant à la plupart des pays de droit écrit, et notamment dans le ressort du ci-devant parlement de Toulouse, la puissance maritale y était inconnue, de sorte que la femme y avait le libre exercice de ses droits et actions non dotaux. — Les biens de la femme n'y étaient dotaux qu'en vertu d'une stipulation expresse. — Hors le cas d'une telle stipulation, soit générale, soit partielle, les biens restaient paraphernaux ou libres sur la tête de la femme; et non seulement elle avait la pleine administration des biens de cette nature, mais encore elle pouvait les vendre ou les aliéner, ainsi que les défendre ou les revendiquer devant les tribunaux, sans aucune espèce d'autorisation ni de consentement de la part de son mari, et sans qu'il eût le droit de s'y opposer en aucune manière. — A la vérité, il s'agit ici de biens dotaux et non pas de biens libres. — Mais n'oublions pas aussi que l'art. 17 réserve aux personnes dont il parle, leurs recours contre les tuteurs et *administrateurs* qui auront négligé de former opposition. — Et ceci prouve de mieux en mieux que la loi n'entend réellement comprendre dans sa disposition que les femmes mariées en pays coutumier, où, en effet, le mari était l'administrateur légal de sa femme, et par rapport à sa personne et par rapport à ses biens, tellement que la femme y était incapable de tout acte civil et judiciaire, à moins que son mari ne l'y eût expressément autorisée. — En pays de droit écrit, au contraire, la femme n'était frappée d'aucune incapacité légale. — Nous avons déjà observé qu'elle avait la plus libre disposition de ses biens paraphernaux. — Quant à ses biens dotaux, du moment qu'elle leur imprimait ce caractère par la stipulation, elle en transférait la propriété à son mari à la charge de la restitution qui devait lui en être faite, soit à elle-même, soit à ses héritiers, lors de la dissolution du mariage. — Le mari était véritablement propriétaire de la dot, avec cette distinction que si elle se composait de biens-fonds non estimés, il ne pouvait pas l'aliéner même avec le consentement de sa femme, et que si elle se composait soit d'immeubles estimés, soit de deniers, de créances ou d'actions, le mari pouvait en disposer à son gré. — *Si res in dote dentur, puto in bonis mariti fieri*, dit la loi 7, §. 3, D. *de jure dotium*. — *Est dominus dotis, dos est in bonis mariti*, disent d'autres textes. — La loi 3, C. *de jure dotium*, dit que la femme retient le domaine naturel de sa dot; mais toujours est-il que le mari en a le domaine civil; et que si elle consiste en biens estimés, en argent ou en créances, il en a la pleine propriété et la libre disposition. — *Effectus*

Source : BIU Cujas

dotis datæ, dit le judicieux Voët (sur le tit. 3 du liv. 23 des *Pandectes*, n. 19), *est quòd maritus indè fructus percipit, et rei dotalis dominium acquirit, revocabile scilicet ac civile tantùm ex fictione juris ac subtilitate, si dos inæstimata data sit; irrevocabile verò ac naturale simul et civile, si æstimata data sit, ita ut æstimatio venditionis loco habita fuerit.* (L. 30, C. *de jure dotium.*)— Or, si le mari était propriétaire et non pas simplement administrateur de la dot, si la femme n'était que créancière des deniers dotaux à la charge de ne pouvoir les répéter qu'après la dissolution du mariage, n'est-il pas évident que, sous ce rapport ultérieur, l'art. 17 est étranger aux femmes des pays de droit écrit, et ne peut s'appliquer qu'aux femmes des pays coutumiers?

» Supposons néanmoins qu'il s'applique aux unes comme aux autres. — Dans cette hypothèse même, la réclamation de Denosjean n'en sera pas moins chimérique: car l'art. 17 ne peut s'entendre que des créances hypothéquées en faveur de la femme sur des biens appartenans à tout autre qu'à son mari, créances dont ce dernier doit faire le recouvrement en pays de droit écrit, si elles sont dotales, et en pays coutumier, sans aucune distinction. — Que s'il s'agit de créances hypothéquées sur des biens appartenans au mari même, et par lui vendus, elles rentrent dans l'exception portée par l'art. 32 de l'édit.

» Cet article présente deux dispositions très distinctes. — La première déclare que *les hypothèques des femmes sur les biens de leurs maris, pendant la vie desdits maris*, ne sont pas soumises à la nécessité de l'opposition; — la seconde accorde le même privilège aux hypothèques *des enfans sur les biens de leurs pères, pour raison seulement des douaires non ouverts.* — Cette seconde disposition est limitée aux douaires par rapport aux enfans. — Mais la première embrasse toutes les hypothèques des femmes sur les biens de leurs maris, soit pour douaire, soit pour toute autre espèce de créances.

» Cependant le sieur Denosjean veut que ces deux dispositions n'en fassent qu'une, et que l'exception soit bornée aux douaires par rapport aux femmes, tout comme à l'égard des enfans. — Mais si la loi n'avait voulu excepter que les douaires, pourquoi aurait-elle d'abord énoncé les hypothèques des femmes dans les termes les plus généraux et les plus absolus? pourquoi aurait-elle énoncé, d'un côté, les hypothèques des femmes sur les biens de leurs maris, pendant la vie de ces derniers, et d'un autre, celle des enfans pour raison seulement des douaires non ouverts? — Ne sait-on pas que le douaire des enfans n'est autre chose que celui de leur mère, qui leur est dévolu; et qu'il ne s'ouvre, à l'égard de la mère, comme à l'égard des enfans, que par le décès du père de ceux-ci qui est le mari de celle-là? — La loi n'aurait-elle donc pas simplifié sa disposition, si elle avait voulu se renfermer dans le sens étroit que lui prête Denosjean? — Pourquoi d'ailleurs aurait-elle voulu accorder au douaire le privilège dont il s'agit, et le refuser à la dot? — N'est-il pas certain, au contraire, que l'hypothèque de la dot a toujours été plus privilégiée que celle du douaire? — Voyez dans Louet et Brodeau, lettre D, §. 40, une infinité d'arrêts, rendus par le ci-devant parlement de Paris, qui ont jugé que le privilège du douaire ne vient qu'en second rang après celui de la dot. — La raison qu'en donnent ces auteurs, est que la dot est le patrimoine ou le propre de la femme, au lieu que le douaire est un objet lucratif. — Le moyen donc de concevoir que, par un renversement des principes jusqu'alors reçus, la loi n'eût voulu veiller qu'à la conservation du douaire, à l'exclusion de la dot?

» Ces observations, si naturelles, si décisives, n'ont pas échappé aux juges d'appel de Toulouse. — *En supposant*, disent-ils, *que l'art. 32 présentât quelque obscurité, il devrait être interprété dans le sens le plus raisonnable et le plus conforme à l'équité et aux principes qui ont déterminé le législateur. Or, cette interprétation doit nécessairement se faire en faveur de la femme.—Et en effet, quelle inconséquence ne faudrait-il pas prêter à la loi, pour supposer qu'elle a entendu que la créance la moins privilégiée, la moins favorable, telle que celle du douaire, jouirait de plus d'avantages que celle de la dot, tandis qu'il est écrit par-tout que la créance de la dot est d'un privilège bien supérieur à celle d'un douaire? C'est ce qui est établi par une foule de textes et d'autorités recueillis par Louet et Brodeau.... Aussi le §. 2 de la loi* assiduis, 12, C. qui potiores in pignore habeantur, *restreint-il à la seule dot le privilège accordé par cette même loi à la femme, vis-à-vis des créanciers qui n'ont pas usé envers elle d'une dénonce d'hypothèque, en décidant nommément que ce privilège ne peut avoir lieu à l'égard des gains nuptiaux*: Hæc autem tantùm ad dotem sancimus, non ad ante nuptias donationem, quam suo tempore servire disponimus, et habere inter creditores sui temporis ordinem. Non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur suisque rebus defraudentur curamus. — *Louet rapporte cinq arrêts dont la décision fut conforme à ces principes. — Il faut donc tenir pour certain que le douaire est infiniment moins favorable que la dot aux yeux de la loi. Comment donc pouvoir prétendre que c'est seulement l'hypothèque relative au douaire, qu'elle a dispensée de la formalité de l'opposition de la part de la femme, et qu'elle a voulu que l'hypothèque à elle acquise pour sa dot, fût purgée, de cela seul qu'elle n'a pas usé de cette opposition? — Ainsi donc la créance la moins privilégiée serait plus favorablement traitée que celle qui tient le premier rang dans les sollicitudes de la loi; et par une bizarrerie sans exemple, la femme se trouverait privée de sa véritable créance, de celle qui constitue son vrai patrimoine, de celle qu'elle n'a acquise qu'à titre onéreux, et pour tout dire*

Source : BIU Cujas

enfin, de sa dot qui forme un objet principal, tandis que, d'un autre côté, elle conserverait un simple douaire dont la propriété lui est étrangère dans le vrai, puisqu'elle est dévolue aux enfans, et qui formant un objet purement accessoire, ne peut, sans inconséquence, jouir de plus de faveur que la dot qui constitue l'objet principal.

» Denosjean se retranche à dire que l'édit de 1771 a substitué les Lettres de Ratification aux décrets volontaires. Or, ajoute-t-il, les décrets purgeaient toutes les hypothèques des femmes sur les biens de leurs maris, à l'exception du douaire non ouvert. Donc l'édit de 1771 a produit le même effet. — Et à ce sujet, il cite Lebrun (*de la Communauté*, liv. 3, ch. 2, sect. 2, dist. 5, n. 95), qui rapporte, d'après Mornac, un arrêt du parlement de Paris, du 24 juillet 1609, par lequel il fut jugé que l'hypothèque de la dot s'était purgée par le décret interposé durant le mariage, et que la femme n'était pas recevable à cet égard dans son action hypothécaire; mais qu'elle pourrait intenter cette action pour son douaire, après la mort de son mari.

» Nous répondrons d'abord, que le parlement de Paris avait jugé aussi, en 1674, que le décret volontaire purgeait le droit de propriété. (*Journal des audiences, tome 3, liv. 3, ch. 23, édition de 1747.*) — Il faudrait donc en conclure, d'après le système de Denosjean, que les Lettres de Ratification avaient également l'effet de purger le droit de propriété. — Et certes, énoncer une pareille conséquence, c'est en avoir démontré l'absurdité. — Au surplus, pourquoi, d'après l'opinion de Lebrun, le décret purgeait-il l'hypothèque de la dot? C'est que, du moment que les biens du mari étaient en discussion, la femme pouvait se faire séparer de biens d'avec lui, ou du moins se faire autoriser en justice pour former son opposition. — Et si elle ne prenait pas cette précaution, elle ne pouvait, selon Lebrun, l'imputer qu'à elle-même. — Or, la femme aurait-elle pu obtenir aussi facilement, soit sa séparation de biens, soit une autorisation judiciaire, dans le cas d'une vente sans décret? — Ajoutons que la femme ne pouvait pas ignorer les actes qui précédaient le décret, soit volontaire, soit forcé des biens de son mari. — Mais il n'en était pas ainsi à l'égard d'une vente faite sans formalités judiciaires. Il eût été facile au mari de soustraire une telle vente à la connaissance de sa femme, et même de l'empêcher d'agir jusqu'à ce que les Lettres de Ratification auraient été expédiées. — Ajoutons encore que, dans le ressort du parlement de Toulouse, et autres pays de droit écrit, où la dot mobilière était la propriété absolue du mari, il était bien plus difficile à la femme, que par-tout ailleurs, d'obtenir un jugement de séparation de biens, ou, ce qui est la même chose, un jugement qui l'autorisât à reprendre sa dot pendant le mariage; et qu'elle ne l'obtenait, qu'autant que les biens de son mari étaient en distribution, ou frappés d'une saisie générale. *Et constat exindè dotis exactionem competere, ex quo evidentissimè apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.* Loi 24, D. *Soluto matrimonio.* (*V.* Cattellan, liv. 4, ch. 39; et liv. 6, ch. 14.) — L'édit de 1771 aurait donc voulu exposer la femme au danger presqu'inévitable de perdre sa dot, toutes les fois qu'elle aurait un mari dissipateur, ou qui, pour la frustrer, serait d'intelligence avec les acquéreurs de ses biens! — Gardons-nous de prêter une pareille idée au législateur, dans un temps sur-tout où la dot était entourée des plus grands privilèges par les lois romaines, et où ces lois si respectées par les lois générales, relativement aux pays qu'elles regissaient, étaient si souvent adoptées comme raison écrite dans les pays coutumiers eux-mêmes!

» Devant les juges d'appel de Toulouse, Denosjean argumentait de la déclaration du 9 février 1772, en ce que cette loi interprétative de l'art. 32 de l'édit, n'avait été provoquée que par le parlement de Navarre, et n'avait été adressée qu'à ce même parlement. — Et les juges ont dit que, non seulement Denosjean ne pouvait tirer de cette déclaration aucun avantage pour son système, mais que même elle était de nature à être considérée comme déclarative du droit commun par rapport au privilège de la dot proprement dite.

» Denosjean trouve cela étrange: mais qu'il lise attentivement les motifs qui, à cet égard, ont déterminé les juges d'appel; et son étonnement cessera. Les voici au surplus ces motifs: — Après avoir considéré *que le défaut d'ouverture des droits des enfans par rapport au douaire, avait déterminé le législateur à les dispenser de former opposition pour les conserver, et que ce même motif existe à l'égard de la femme pour sa dot, attendu que son droit de la répéter n'est ouvert qu'après la dissolution de son mariage*, les juges d'appel ajoutent: *Au surplus, ce fut dans ce sens, que l'interprétation de l'art. 32 de l'édit fut littéralement donnée par la déclaration du 9 février 1772, adressée au parlement de Pau. A cet égard, il est essentiel de savoir que, suivant les coutumes de Béarn, les dots des femmes, hypothéquées sur les biens de leurs maris, étaient affectées aux descendans du mariage, et à ceux qui les avaient constituées, par une espèce de substitution légale qui s'étendait jusqu'à trois degrés. — Comme l'art. 32 ne parlait que des hypothèques des femmes, le parlement de Pau adressa des remontrances au ci-devant roi, pour lui exposer l'usage susmentionné, et lui faire sentir combien il était intéressant de veiller à la conservation des droits de ceux qui étaient appelés à la répétition des dots d'après ladite coutume. — La sagesse de ces remontrances fut sentie: en conséquence, par la susdite déclaration, le ci-devant roi déclara, en interprétant l'art. 32 de l'édit, que les femmes, pendant la vie de leurs maris, ni leurs descendans, tant que leurs droits ne seraient pas ouverts, ni les constituteurs des dots ou leurs représentans tant qu'il existerait des enfans ou des descendans du mariage, ne seraient point tenus de former op-*

Source : BIU Cujas

position pour conserver l'hypothèque desdites dots. — En vain oppose-t-on que cette déclaration fut taxativement faite pour le pays de Béarn, et qu'on ne peut la considérer comme formant le droit commun. — Il faut, à ce sujet, distinguer deux choses dans ladite loi, savoir, la partie interprétative, et la partie dispositive. — Cette dernière s'appliquait taxativement aux droits de ceux qui, conformément aux usages particuliers de ce pays, avaient l'espoir du recouvrement de la dot; et effectivement ceux-ci n'étant point compris dans la disposition de l'art. 2 de l'édit, il fallait nécessairement, à leur égard, une loi extensive ou additionnelle pour les dispenser de la nécessité de l'opposition. — Mais, quant à l'interprétation que le législateur déclara faire, en termes formels, l'effet en était absolu et général pour toutes les parties de l'Etat; et, sous ce rapport, la déclaration ne peut être circonscrite à la seule province de Béarn. — Comment se figurer, d'ailleurs, que, si l'exemption de l'opposition n'avait pas été introduite généralement par l'édit en faveur des femmes, on eût imaginé d'introduire sur ce point une exception précisément à l'égard de celles de cette province ainsi isolée, et qui plus est encore, à l'égard des descendans des mariages, et des constituteurs des dots, jusqu'au troisième degré? — Certainement, si l'édit de 1771 eût eu le sens qu'on lui attribue, le législateur se serait bien gardé d'établir une règle particulière pour un seul pays. Il aurait dit, au contraire: aux termes de l'édit, les femmes mêmes sont obligées de former opposition pour la conservation de leur dot, quoique leurs droits ne soient pas ouverts; il doit donc en être de même à l'égard de tous ceux auxquels lesdites dots peuvent être réversibles. — Mais il était dans ses principes que le défaut d'ouverture des droits dispensât de l'opposition; et voilà pourquoi, tout en interprétant l'art. 32, il en étendit les dispositions, quant au pays de Béarn, à tous ceux qui, aux termes de ces coutumes, avaient des droits non encore ouverts sur les dots constituées. — C'est donc se permettre un abus formel, que de prétendre que l'interprétation donnée par ladite déclaration, était restreinte au seul pays de Béarn. Elle ne présente rien qui puisse autoriser une limitation pareille. Il est même à observer que son titre porte: déclaration du roi, pour la conservation des dots des femmes, *sans ajouter,* du pays de Béarn; *ce qu'on n'aurait pas manqué d'exprimer, s'il se fût agi d'une loi particulière et locale respectivement aux femmes; elle n'était particulière que relativement aux descendans du mariage et aux constituteurs des dots de ce pays; et voilà pourquoi elle ne fut adressée qu'au parlement de Pau: mais reste toujours l'interprétation expressément donnée à l'art. 32 de l'édit, interprétation différente d'une disposition, et qui n'avait nul besoin d'être enregistrée pour produire son effet à l'égard des autres parties de l'état.*

» Denosjean insiste en disant que le parlement de Toulouse ne réclama point contre l'art. 32; que cependant il n'enregistra l'édit que sous des modifications portant sur les art. 1, 6, 15 et 26; et que, par conséquent, il approuva les articles sur lesquels il garda le silence.

» Vaine subtilité! Pourquoi le parlement de Pau fit-il des remontrances sur l'art. 32? C'est que par la coutume particulière de Béarn, la dot conservait son caractère, non seulement pendant le mariage, mais encore après sa dissolution, tant qu'il y avait des enfans qui en descendaient; et même si la descendance manquait ou venait à s'éteindre, la dot retournait, exempte de toute hypothèque, à celui qui l'avait constituée, ou à ses héritiers. — Or, ce retour et cette espèce de fidéicommis, qu'avait consacrés la loi statutaire, étaient évidemment compromis par l'art. 32 de l'édit, puisqu'après la mort de la femme, les constituteurs de la dot et les descendans du mariage, auraient perdu leur droit par défaut d'opposition; et voilà ce que le parlement de Pau voulut prévenir par ses remontrances. — Sans cela, sans ce droit particulier et local, tout annonce qu'il aurait aussi gardé le silence sur l'art. 32; parceque cet article lui aurait paru, ainsi qu'aux autres cours souveraines, avoir assez clairement compris la dot, à l'égard de la femme elle-même, dans l'exception qu'il porte.

» On ne peut pas douter que le parlement de Toulouse, sur-tout, n'eût entendu l'art. 32 dans ce sens exceptionnel. — Et en effet, ce parlement observait, dans toute sa rigueur, la loi *assiduis*, qui veut que la femme, pour la répétition de sa dot hypothéquée sur les biens de son mari, soit préférée à tous les créanciers de ce dernier, même antérieurs à son contrat de mariage. — Or, si le zèle de cette ancienne cour pour la conservation de la dot était assez fortement prononcé pour lui faire adopter, consacrer et maintenir un privilège aussi extraordinaire, sans qu'elle ait jamais varié à cet égard, à qui persuadera-t-on qu'elle se fût tue sur l'art. 32, si elle n'avait pas cru y voir une exception en faveur de la dot, pendant la vie du mari? — Aussi la jurisprudence fût-elle toujours conforme à cette manière d'entendre la loi. C'est ce qu'attestent les juges d'appel de Toulouse, en ces termes: *La jurisprudence du ci-devant parlemen était* CONSTANTE *sur le point dont il s'agit.* ENTRE AUTRES ARRÊTS *qui ont jugé que la femme avait conservé son hypothèque pour ses reprises dotales sur les biens aliénés par son mari, quoique les acquéreurs eussent pris des Lettres de Ratification sans opposition de sa part, on peut en citer un, rendu le 8 mars 1780, dans la distribution de Bernard Vidal, poursuivi par Gleizes; un second, rendu le 1er avril suivant, entre la dame Malvaisie-Laval et les cit. Dejean et Fraissinet; et un troisième, rendu le 10 avril 1784, dans la distribution des biens de Trebosc, poursuivi par les ci-devant Jacobins d'Agen.* — Il y a donc ici autorité de la chose constamment jugée de la même manière et dans les mêmes circonstances.

Source : BIU Cujas

» Denosjean prétend que ces arrêts sont contre-balancés par un quatrième rendu en 1790 ; mais cette prétention est formellement démentie par l'arrêt attaqué : — *On invoque mal à propos* (disent les juges d'appel), *un arrêt du même parlement de Toulouse, comme ayant jugé le contraire. — Dans l'espèce de cet arrêt, rendu entre les CC. Noillan, père et fils, le C. Laroche, le C. Bon-Calloué, et la dame Carles, femme séparée en biens de Noillan fils, il avait été fait vente, par les CC. Noillan au C. Laroche, d'une terre appelée* Lamezan, *au prix de* 16,000 *fr. ; et cette vente avait été suivie d'une saisie faite à la requête des CC. Noillan, vendeurs, au préjudice du C. Laroche, acquéreur, faute de paiement du prix. — Le C. Bon-Calloué, créancier des CC. Noillan, avait, par suite des Lettres de Ratification prises par Laroche, acquéreur, formé, d'autre part, en sa qualité de créancier opposant au bureau des hypothèques, une instance en distribution du prix de la vente. — L'instance du décret et celle en distribution du prix avaient été jointes. — La dame Carles intervint pour demander sa collocation sur le prix pour une somme de* 3,200 *fr., en représentation de sa dot. — Il lui fut répondu qu'il n'était pas question de la distribution des biens de son mari ; que celui-ci, bien loin d'être discuté, était, au contraire, poursuivant ; qu'il avait d'ailleurs d'autres biens beaucoup plus que suffisans pour faire face à ses reprises ; que son intervention était irrégulière, en ce qu'elle n'avait pas été portée à l'audience, contre les dispositions de l'art.* 28, *tit.* 11, *de l'ordonnance de* 1667 ; *enfin, qu'il n'était question que du prix, et non de l'immeuble en soi, sur lequel seul la femme pouvait avoir hypothèque. — Tels furent les motifs, d'après lesquels la dame Carles fut déboutée de sa demande. — Ce préjugé ne décida donc rien sur la question dont il s'agit ; et la jurisprudence déjà fixée par trois arrêts, n'en éprouva aucune sorte de changement.*

» Denosjean ajoute que, d'après *les principes consacrés par la cour de cassation, dans un arrêt du* 25 *brumaire an* 11, *un tribunal ne peut invoquer un usage local et particulier, qu'autant que cet usage n'est pas en opposition avec une loi précise et formelle, faite pour la généralité de la France* (*V. Appel*, sect. 1, §. 5) ; *d'où il résulte que, quand le parlement de Toulouse aurait été dans l'usage de prononcer contre le texte de l'édit de* 1771, *cet usage n'aurait pu servir de prétexte aux juges d'appel de Toulouse, pour enfreindre cette loi.*

» Mais est-il donc vrai qu'il s'agisse ici d'une loi précise, claire et formelle, dans le sens allégué par Denosjean ? — N'est-il pas sensible, au contraire, que l'art. 32 de l'édit est au moins ambigu ? — Il en existe un très grand nombre de commentaires ; et presque tous l'ont expliqué dans le sens fixé par la jurisprudence du parlement de Toulouse. — Et si leur opinion n'est pas décisive, elle prouve au moins que la loi manque de précision ou de clarté. — Or, toutes les fois que le sens d'une loi n'est pas clair, évident, pourquoi les juges ne pourraient-ils pas en adopter un plutôt qu'un autre ? — Dans un tel cas, il y a interprétation de la loi, et non pas infraction. — Dans un tel cas, il faut dire avec le législateur romain, qu'il appartient aux magistrats souverains d'expliquer la loi ; et que, lorsqu'ils en ont une fois fixé le sens par une série de décisions semblables, il en résulte une jurisprudence qui doit avoir force de loi. *Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuò similiter judicatarum autoritatem, vim legis obtinere debere.* (Loi 38, D. *de legibus.*) — Et ce pouvoir d'interprétation était d'autant moins contesté aux ci-devant parlemens, qu'ils participaient essentiellement au pouvoir législatif. — Ainsi, du moment que, par une série d'arrêts, le ci-devant parlement de Toulouse eut interprété l'art. 32 de l'édit en faveur de la femme pour la répétition de sa dot, les femmes de son ressort durent se reposer sur cette jurisprudence, comme sur une disposition formelle de la loi même.

» Denosjean veut que l'arrêt attaqué ait violé l'art. 32, au moins par rapport à l'augment dont l'hypothèque, selon lui, avait été incontestablement purgée par ses Lettres de Ratification.

» Mais d'abord n'a-t-on pas vu que, dans l'espèce des arrêts du ci-devant parlement de Toulouse, il s'agissait, en général, des reprises dotales de la femme sur les biens aliénés par son mari ? — Et certes, l'augment de dot est une partie essentielle des reprises dotales. — Ce n'est pas tout ; si le douaire non ouvert ne pouvait pas être purgé aux termes formels de l'art. 32, comment l'augment non ouvert aurait-il pu l'être ? — L'augment de dot n'est-il pas dans les pays de droit écrit, ce qu'est le douaire dans les pays coutumiers ?

» Denosjean cherche à établir une différence qu'il appelle décisive, en ce que, selon lui, le douaire n'est pas, comme l'augment, un gain de survie. — Cette prétendue différence est trop contraire à la nature même des choses, pour que nous devions nous attacher à la refuter sérieusement. — Aussi n'est-il pas d'auteur qui, en parlant du douaire, ne l'ait expressément classé parmi les gains de survie. — Tel est notamment Boullenois, *Traité des Statuts personnels et réels*, tome 2, page 258. — Sans doute, le douaire se règle, en quelques points, autrement que l'augment de dot. — Mais en est-il moins certain que l'un et l'autre sont un avantage que la femme prend sur les biens de son mari prédécédé, et qu'ainsi le douaire est véritablement un gain de survie pour la femme, lorsqu'il s'ouvre en sa faveur par le prédécès de son mari ? — Alors même que le douaire passe aux enfans sans l'intermédiaire de leur mère décédée avant son mari, ne doit-il pas être considéré, par rapport à eux-mêmes, comme un gain de survie, puisqu'ils n'ont rien à prétendre qu'autant qu'ils survivent à leur père ?

Source : BIU Cujas

» Nous avons dit que l'augment de dot est le douaire des pays de droit écrit; et telle est, en effet, la définition qu'en donnent tous les auteurs qui en ont parlé. Il en est même qui emploient indifféremment, soit la dénomination de douaire, soit celle d'augment, pour caractériser cette espèce de gain de survie. *Doerium vel doarium est dotis augmentum*, dit Fernand, ancien professeur de droit à Toulouse, sur la loi 26, §. 2, D. *de pactis dotalibus*. Même langage de la part de Calvin, dans son *Lexicon juris*, sur le mot *doerium*; de Catellan, liv. 4, chap. 16; de Vedel, sur ce même chapitre; de Boucher d'Argis, *Traité des Gains nuptiaux*, chap. 2; de Guypape, quest. 524, etc.

» Au surplus, pourquoi le douaire non ouvert avait-il le privilège de ne pouvoir pas être purgé par les Lettres de Ratification ? C'est que, jusqu'au moment de son ouverture, il y avait incertitude s'il serait dû. — Or, le même motif ne s'applique-t-il pas à l'augment de dot, dont le droit ne devait également s'ouvrir que par le prédécès du mari ?

» Et remarquons surabondamment que cette observation décisive milite en faveur de la dot même de la veuve Detté, tout comme en faveur de son augment. — En effet, il était dit dans son contrat de mariage, que le sieur Detté demeurait chargé *de reconnaître lesdits biens et droits ci-dessus constitués en dot, soit en nature ou en valeur, à fur et mesure qu'il en ferait la perception, sur tous et chacun ses biens présens et à venir, en faveur de ladite future épouse, ainsi et de la même manière qu'il les reconnaissait d'ors et déjà, avec le droit d'augment de moitié moins*, suivant la coutume de Toulouse, relativement à laquelle ledit futur époux, pour son droit de survie, gagnerait ladite entière constitution; *et s'il décédait au contraire le premier, ladite future épouse répéterait sur les biens dudit futur époux, ladite entière constitution, avec l'augment de moitié moins.* — Il resta donc incertain, pendant toute la durée du mariage, si la dame Detté aurait un jour, par le prédécès de son mari, le droit de répéter sa dot; ou si, au contraire, son mari n'en acquerrait pas la propriété incommutable par sa survie. — Mais si la propriété de la dot resta incertaine pendant toute la durée du mariage; si le droit de la répéter ne s'ouvrit en faveur de la veuve Detté, que par le prédécès de son mari, n'est-il pas évident qu'elle avait conservé son hypothèque, nonobstant les Lettres de Ratification, par le motif même qui avait déterminé le législateur de 1771 à donner aux droits des femmes, sur les biens de leurs maris, le privilège de ne pouvoir pas être purgés, tant qu'ils n'étaient pas ouverts ?

» Ainsi se justifie, sous tous les rapports, l'arrêt que le sieur Denosjean s'est permis d'attaquer ».

Par arrêt rendu à la section civile, le 23 prairial an 13, au rapport de M. Lasaudade, et après un long délibéré, — « Attendu que l'édit de 1771 n'a pas été reçu dans toutes les anciennes cours; qu'il n'a été enregistré dans plusieurs, que sous différentes modifications; qu'il n'était point une règle générale de l'Etat; et que l'exécution uniforme ne pouvait pas en être exigée dans tous les tribunaux; qu'il est attesté par le jugement attaqué, que, suivant la jurisprudence constante du ci-devant parlement de Toulouse, l'art. 32 dudit édit a toujours été entendu et appliqué dans le sens que les hypothèques des femmes sur les biens de leurs maris, pendant la vie de leurs maris, pour leurs dots, comme pour l'augment de dot, étaient dans l'exception, et que pour icelles, il n'était pas nécessaire de former opposition; — La cour rejette..... ».

La section des requêtes avait déjà jugé dans le même sens. On peut voir dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Émigrés*, §. 10, un arrêt du 12 ventose an 9, dans lequel elle avait dit *qu'aux termes de l'édit de février 1772, les femmes, sous la puissance de leurs maris, ne sont pas tenues de former des oppositions pour la sûreté de leurs dots.*

Le parlement de Rouen avait, sur cette question, la même jurisprudence que le parlement de Toulouse; et il faut convenir que la coutume de Normandie conduisait naturellement à cette manière de juger.

En Normandie, ce n'était pas seulement une action hypothécaire que la femme avait pour sa dot sur les biens de son mari, c'était une action véritablement réelle, c'était une revendication proprement dite. Témoin l'art. 121 des placités de 1666, qui portait : « La femme ou ses héritiers peuvent demander que partie des héritages affectés à sa dot non aliénés, leur soient baillés à due estimation pour le paiement dudit dot, sans qu'ils soient obligés de les faire saisir et adjuger par décret, si mieux n'aiment les héritiers ou créanciers du mari lui payer le prix dudit dot ».

A la vérité, quand le mari, avant sa mort, avait aliéné les biens affectés à la dot de sa femme, celle-ci, devenue veuve, ne pouvait pas exiger que les biens lui fussent délivrés en nature; l'acquéreur avait le choix, ou de les lui abandonner, ou de lui rembourser sa dot. Mais elle avait cela de commun avec les enfans qui, après la mort de leur père, agissaient pour leur tiers coutumier contre un tiers détenteur : celui-ci pouvait alors, suivant l'art. 90 des placités, conserver les biens, en payant aux enfans la valeur de leur tiers. Cependant on n'a jamais pensé que les enfans fussent pour cela, du vivant de leur père, tenus, pour la conservation de leur tiers, de former oppposition au sceau des Lettres de Ratification obtenues par les acquéreurs de ses biens. Et pourquoi n'y étaient-ils pas tenus ? Parceque l'action qu'ils avaient pour leur tiers coutumier, quoique résoluble en prestations personnelles quant à son résultat, n'en était pas moins, dans son objet direct et primitif, une action réelle; et qu'à ce titre, elle était, aux termes

Source : BIU Cujas

de l'art. 7 de l'édit de 1771, à l'abri des atteintes des Lettres de Ratification. — Et comme il en était absolument de même de l'action dotale de la femme, il n'y avait, il ne pouvait y avoir aucune raison pour que cette action ne jouît pas du même privilège.

III. On vient de voir que l'art. 32 de l'édit de juin 1771 affranchissait de la nécessité de l'opposition au sceau des Lettres de Ratification, les douaires non encore ouverts au moment où ces Lettres étaient obtenues. Mais est-il vrai, comme on l'a dit au mot *Douaire*, sect. 1, §. 8, n. 2, que la disposition de cet article n'était pas applicable au douaire conventionnel, dans les pays où il n'y avait pas de douaire coutumier? Et cette assertion, sur laquelle, au mot cité, nous nous sommes réservés de revenir ici, n'est-elle pas une erreur?

Il en devait certainement être du douaire dans les coutumes dont il s'agit, comme de l'augment de dot dans ceux des pays de droit écrit, où il n'était pas dû en vertu de l'usage, mais seulement en vertu des conventions matrimoniales. — Or, on n'a jamais douté que, dans ces pays, on ne dût appliquer la disposition de l'art. 32 de l'édit de 1771, à l'augment de dot purement conventionnel. Ecoutons M. Grenier, dans son commentaire sur cet édit, deuxième édition, pag. 436 et suivantes :

« La disposition de cet article doit s'appliquer à tous les droits non ouverts quelconques : *ubi eadem ratio, ibi idem jus.* — Ainsi, l'opposition n'est pas nécessaire pour l'augment de dot qui a lieu dans les pays de droit écrit, ni pour les gains de survie que l'on stipule ordinairement dans les pays où le douaire est inconnu, comme en Auvergne; ces avantages y tiennent lieu de douaire, le droit en est incertain, l'action n'en est point ouverte, et ils doivent avoir les mêmes privilèges que le douaire non ouvert.

» Par la même raison, lorsqu'un bénéficier vend, et que l'acquéreur obtient des Lettres, lorsque ce bénéficier est encore en possession du bénéfice, il ne peut purger l'hypothèque qui doit appartenir dans la suite au successeur, pour les réparations ou autres reprises dont le vendeur peut être responsable; parceque cette action n'est point ouverte, et que personne ne peut l'exercer, quand le vendeur est toujours titulaire : Denizart en a fait l'observation, pour les Lettres de Ratification des rentes dues sur le roi, au mot *Ratification* (*Lettres de*), n° 9. Il dit au mot *décret*, n° 62, que le décret ne purge point cette hypothèque, à moins que le bénéfice ne soit possédé par un autre titulaire. Il répète la même chose au mot *sceau*, n° 7 et 10..... — Nous ajouterons que, suivant l'art. 70 de l'édit de 1673, portant établissement des greffes des hypothèques, l'action contre un bénéficier n'était pas purgée par les Lettres de Ratification, pour les réparations que le successeur pourrait demander.

» Je sais que cette question a fait beaucoup de difficulté. Mais l'opinion de Denizart me paraît préférable, soit parcequ'il est impossible de ne pas regarder le droit dont il s'agit comme non ouvert, et que l'acquéreur ne peut pas être trompé, puisqu'il connaît l'état de son vendeur; soit parceque l'édit de 1673, quoique abrogé, doit toujours être d'une grande autorité, dès qu'il n'est pas combattu par la nouvelle loi qui a été faite pour le perfectionner. — Vainement dirait-on que les oppositions peuvent être formées par les officiers chargés du ministère public. Aucune loi ne leur impose cette obligation. Et, malgré leur vigilance, pourrait-on s'assurer de l'efficacité d'un pareil moyen? — Enfin, la question a été jugée en thèse, conformément à ce que nous venons de dire par une sentence des requêtes du palais, du 10 février 1785.

» Voici l'espèce. Le 6 mars 1784, M. l'abbé du Hautier, chanoine de l'église de Paris, et prieur commandataire de Saint-Thomas d'Epernon, avait (par suite de *committimus*), assigné aux requêtes du palais le sieur Bonnet, aubergiste à Epernon, pour voir dire que les héritages par lui acquis de M. l'abbé de Caraman, précédent titulaire du prieuré (et que ledit sieur abbé de Caraman avait lui-même acquis vingt ans auparavant d'un particulier d'Epernon), seraient affectés et hypothéqués aux créances du sieur abbé du Hautier, résultantes des dégradations et détériorations existantes aux bâtimens, terres et dépendances dudit prieuré; en conséquence que Bonnet, acquéreur, fût tenu de réparer, si mieux il n'aimait déguerpir, etc. — Bonnet soutenait l'abbé du Hautier non recevable : il se fondait sur des Lettres de Ratification par lui obtenues, et scellées sans opposition; il invoquait les art. 7, 15 et 17 de l'édit de 1771; il demandait à être maintenu dans sa propriété avec dépens. — L'abbé du Hautier répliquait que, pour lui objecter le défaut d'opposition, il faudrait que son droit eût été ouvert à l'époque des Lettres de Ratification. Or, certainement il n'avait aucun droit ouvert à raison de ce bénéfice, lorsqu'il était possédé par le précédent titulaire. — Le bénéficier que l'on vient de nommer à un prieuré, etc., ne saurait être assimilé aux mineurs, aux femmes, aux interdits, parceque ceux-ci ont des tuteurs, des maris, ou autres représentans, contre qui ils peuvent avoir leur recours pour cause de mauvaise administration. Le nouveau bénéficier n'a pu, au contraire, être représenté par personne pendant la vie de son prédécesseur. — Le même principe a déterminé le législateur à vouloir que les biens substitués et les douaires non ouverts, fussent exceptés de la loi commune.

» En cet état est intervenu, le 10 février 1785, le jugement qui suit : — « La cour, parties ouïes pendant trois audiences, ensemble Perronneau pour le procureur général, ordonne que les héritages acquis de l'abbé de Caraman, ancien prieur, par Bonnet, partie de Courtin, seront affectés et hypothéqués aux créances de l'abbé du Hautier,

Source : BIU Cujas

partie de Poriquet, résultantes des détériorations, etc.». Le surplus des conclusions de l'abbé du Hautier, adjugé avec dépens.

» Je suis redevable de cette note à un magistrat très instruit, du châtelet de Paris, qui l'a rédigée sur le vu des pièces et de la sentence; il a bien voulu y ajouter que les plus savans magistrats et les plus célèbres avocats, consultés, soit avant, soit après le jugement, en ont été entièrement d'avis; si bien que Bonnet, qui s'était rendu appelant, a fini par exécuter la sentence des requêtes ».

IV. L'acquéreur qui, sous le régime hypothécaire de 1771, a payé une portion de son prix à son vendeur, et qui par suite d'un jugement révolutionnaire de l'an 2, emportant contre celui-ci confiscation de corps et de biens, a été contraint de verser le restant de ce même prix à la caisse nationale, peut-il renvoyer les créanciers opposans au sceau des Lettres de Ratification, à se pourvoir préalablement sur les deniers versés au trésor public? — Il a été jugé pour l'affirmative, par un arrêt de la cour de cassation, sections réunies, du 6 ventose an 10. *V.* Mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Lettres de Ratification*, §. 1.

V. Sous le régime hypothécaire de 1771, les Lettres de Ratification prises sur un contrat frauduleux et simulé, purgeaient-elles les hypothèques des créanciers non opposans? — Il y a dans le même *Recueil*, aux mots *Expropriation forcée*, §. 2, n. 1, un arrêt du parlement de Paris, du 6 juillet 1785, qui juge que non.

V. Hypothèque, Inscription hypothécaire, Opposition au sceau des Lettres de Ratification, et Transcription.]]

* LETTRE de RECOMMANDATION. C'est une Lettre écrite par un particulier à un autre, en faveur d'un tiers, par laquelle celui qui écrit recommande à l'autre celui dont il lui parle, prie de lui faire plaisir et de lui rendre service. Ces sortes de Lettres ne produisent aucune obligation de la part de celui qui les a écrites, quand même il assurerait que celui dont il parle est homme d'honneur et de probité, qu'il est bon et solvable, ou en état de s'acquitter d'un tel emploi. Il en serait autrement, si celui qui écrit ces Lettres, marquait qu'il répond des faits de celui qu'il recommande, et des sommes qu'on pourrait lui confier. Alors ce n'est plus une simple recommandation, mais un cautionnement. — *V. Caution.* (M. Güyot.) *

* LETTRE DE VOITURE. C'est une Lettre ouverte qui contient un état des choses qu'un voiturier dénommé est chargé de conduire à la personne à laquelle elles sont envoyées.

I. Une Lettre de Voiture est communément en cette forme: — « A Paris, le 1er décembre 1778. — Monsieur, à la garde de Dieu et conduite d'Alexandre Boyer, voiturier par terre, de Meaux, je vous envoie trois balles d'étoffes de laine, marquées et numérotées comme en marge, pesant ensemble quinze cents livres, lesquelles ayant reçues, bien conditionnées et en temps dû, vous lui paierez pour sa voiture, à raison de huit livres du cent pesant, comme par avis de votre très humble serviteur, André. — A Monsieur George Cholet, marchand sur la place des Terreaux, à Lyon ».

Il y a dans ce modèle de Lettre de Voiture, trois clauses essentielles qu'il ne faut jamais omettre; 1° que les balles seront reçues bien conditionnées: 2° qu'elles arriveront en temps dû; 3° que c'est *comme par avis* qu'on a écrit cette Lettre.

Par la première clause, on entend que le voiturier doit rendre les balles de marchandises saines et entières, sans être mouillées ni gâtées, et qu'autrement il sera garant des dommages arrivés aux marchandises par sa faute; car si c'est par un cas extraordinaire et fortuit, il n'en doit pas être tenu.

Par la seconde clause, on oblige le voiturier de remettre les marchandises à celui auquel elles sont adressées, dans un temps proportionné à la distance des lieux: mais pour éviter les contestations qui peuvent arriver à l'occasion de ce temps, il est plus sûr d'en faire mention dans la Lettre de Voiture, et d'y marquer, que si les marchandises ne sont pas rendues dans un tel temps, il sera rabattu une telle somme sur le prix de la voiture. Les Lettres où cette condition est exprimée, se nomment *Lettres de Voiture à jour nommé.*

Enfin, lorsqu'on met à la fin de la Lettre, *comme par avis*, c'est pour faire connaître qu'on a déjà écrit séparément par la poste, pour donner avis du départ de la marchandise, et que cette Lettre du voiturier n'est proprement qu'un *duplicata* de l'autre.

Les marchands, négocians et commissionnaires doivent observer de mettre entre les mains des voituriers, les acquits, passavans, certificats et autres expéditions des bureaux et fermes du roi, lorsqu'il y en a, ou de les joindre à la Lettre d'avis, afin qu'il n'arrive aucune difficulté pour retirer les marchandises des douanes ou bureaux où elles peuvent être déchargées; mais s'ils ont laissé au voiturier le soin d'acquitter les marchandises dans les bureaux qui se trouvent sur la route, il faut qu'ils ajoutent dans la Lettre de Voiture cette quatrième clause: *et lui rembourserez les droits qu'il aura payés, en vous représentant les acquits.* (M. Güyot).*

[[Le Code de commerce contient, sur les Lettres de Voiture, les dispositions suivantes:

« Art. 101. La Lettre de Voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier.

» 102. La Lettre de Voiture doit être datée. — Elle doit exprimer la nature et le poids ou la contenance des objets à transporter, le délai dans lequel le transport doit être effectué. — Elle indique le nom et le domicile du commissionnaire par l'entremise duquel le transport s'opère, s'il y en a un;

Source : BIU Cujas

le nom de celui à qui la marchandise est adressée; le nom et le domicile du voiturier. — Elle énonce le prix de la voiture, l'indemnité due pour cause de retard. — Elle est signée par l'expéditeur ou le commissionnaire. — Elle présente en marge les marques et numéros des objets à transporter. — La Lettre de Voiture est copiée par le commissionnaire sur un registre coté et paraphé sans intervalle et de suite ».

II. Les Lettres de Voiture ne peuvent être écrites que sur papier timbré; et elles peuvent être saisies à défaut de timbre, lors même qu'elles ne sont produites devant aucune autorité, devant aucun officier public. C'est ce qui résulte de l'art. 12 de la loi du 6 prairial an 7; et c'est ce qu'ont jugé trois arrêts de la cour de cassation, des 13 messidor an 9, 2 brumaire et 21 germinal an 10. *V. mon Recueil de Questions de droit*, au mot *Voiture* (*Lettre de*), §. 1.

On trouvera dans le même *Recueil* et au même mot, §. 2, un autre arrêt du 2 brumaire an 10, qui juge que le voiturier sur lequel a été saisie une Lettre de Voiture sur papier libre, ne peut pas éluder la peine de sa contravention, en représentant un double timbré de cette Lettre de Voiture. V. *Commissionnaire*, *Mandat*, et *Voiturier*.]]

* LETTRE ET BILLET DE CHANGE. On appelle ainsi des billets qui sont relatifs à la négociation par laquelle une personne transporte à une autre les fonds qu'elle a dans quelque endroit pour un prix convenu, ou qui se trouve réglé sur la place par le commerce. Ce transport se fait par le moyen d'un acte qui représente les fonds cédés, et qu'on appelle *Lettre de Change*.

Nous diviserons cet article en huit paragraphes: — Dans le premier, il sera traité de la nature et de l'utilité du change; — Dans le second, de l'origine et de la forme des Lettres de Change; — Dans le troisième, de la qualité des personnes qui interviennent dans la négociation d'une Lettre de Change; — Dans le quatrième, des règles relatives à l'usage, au commerce [[et au paiement]] des Lettres de Change; — Dans le cinquième, des dommages et intérêts résultans du défaut de paiement d'une Lettre de Change; — [[Dans le sixième, des Lettres de Change tirées des colonies sur le trésor public; — Dans le septième, des faux qui peuvent intervenir dans une Lettre de Change; — Dans le huitième, des Billets de Change.]]

§. I. *De la nature et de l'utilité du change.*

Le contrat de change a été introduit pour éviter le transport réel de l'argent, qui outre les frais et les risques, apporterait un retardement considérable au commerce que l'on n'a vu fleurir que depuis l'usage des Lettres de Change. Soit que le négociant tire des lettres de Change, soit qu'il prenne sur la place des lettres tirées par d'autres négocians, il est payé de ses ventes ou il paye ses achats en Lettres de Change.

Or, le change est une fixation de la valeur actuelle et momentanée des monnoies des divers pays; il faut donc qu'un négociant étudie les variations de cette valeur, afin de ne payer ni d'être payé à son désavantage; il faut aussi qu'il connaisse le pair du change de chaque place, c'est-à-dire, le prix moyen qui ne cause ni profit ni perte; c'est par la science exacte des variations du change, qu'il dispose ses opérations de façon à tourner le cours actuel à son avantage. On entend par *cour actuel*, le prix auquel sont les Lettres de Change pour faire des remises d'une place à une autre.

Le pair du change est fondé sur une proportion arithmétique du titre, du poids, et de la valeur numéraire des espèces réelles d'or et d'argent reçues et données en paiement; on en a par-tout des tables exactes, qu'on peut consulter au besoin. Mais le cours du change s'éloigne sans cesse de ce pair réel dans toutes les places, suivant les circonstances ou la situation momentanée de leur commerce respectif, et ce sont ces circonstances qui établissent le cours actuel. Remontons au principe.

L'argent, comme métal, a une valeur, ainsi que toutes les autres marchandises; l'argent, comme monnaie, a une valeur que le prince peut fixer dans quelques rapports, et qu'il ne saurait fixer dans d'autres.

1° Le prince établit une proportion entre une quantité d'argent, comme métal, et la même quantité comme monnaie; — 2° Il fixe celle qui est entre divers métaux employés à la monnaie; — 3° Il établit le poids et le titre de chaque pièce de monnaie; — 4° Enfin, il donne à chaque pièce une valeur idéale.

Pour bien entendre ce qu'on vient de dire, il faut se représenter que quand l'or, l'argent et le cuivre furent introduits dans le commerce pour y être les signes des marchandises, et qu'ils furent convertis en monnaie d'un certain poids, les monnaies prirent leur dénomination du poids qu'on leur donna; c'est-à-dire qu'une livre pesant d'argent fut appelée une livre.

Les besoins ou la mauvaise foi firent retrancher du poids de chaque pièce de monnaie, qui conserva cependant sa dénomination.

Ainsi, il y a dans chaque pays une monnaie réelle, et une monnaie idéale.

Les monnaies idéales représentent une quantité déterminée de monnaie réelle, sans égard à leur valeur numéraire dans leur pays; par exemple, en Hollande, cinquante-quatre deniers de gros, monnaie idéale, représentent un écu de France monnaie réelle.

Quelques efforts qu'aient faits les souverains pour faire circuler comme réelles, leurs monnaies idéales par l'altération du poids ou du titre, le commerce les a toujours remises à leur valeur positive, suivant la quantité de carats ou de deniers de fin qu'elles contiennent: il sépare l'aloi, et c'est sur ce pied qu'il établit le pair du change; et de même

Source : BIU Cujas

que le pair réel consiste dans la comparaison des monnaies réelles, le pair idéal ou des monnaies de change, est le rapport des monnaies idéales de divers pays.

Les monnaies de chaque état comparées avec les monnaies des autres pays, ont donc une valeur relative qui dépend beaucoup de leur valeur positive, mais qui varie sans cesse par les circonstances : ces variations sont réglées par l'estime la plus générale des négocians, et ne peuvent l'être par l'ordonnance du prince. Pour fixer cette valeur relative, les diverses nations doivent se régler beaucoup sur celle qui a le plus d'argent : dans l'état actuel de la terre, c'est la Hollande qui est cette nation dont nous parlons; examinons le change par rapport à elle.

Il y a en Hollande une monnaie qu'on appelle un *florin ;* ce florin vaut vingt sous ou quarante demi sous ou deniers de gros. Pour simplifier les idées, imaginons qu'il n'y ait point de florins en Hollande, et qu'il n'y ait que des deniers de gros; un homme qui aura 1000 florins aura 40,000 deniers de gros, ainsi du reste.

Or, le change avec la Hollande consiste à savoir combien chaque pièce de monnaie des autres pays vaudra de deniers de gros; et comme on compte ordinairement en France par écus de trois livres, le change demandera combien un écu de trois livres vaudra de deniers de gros. Si le change est à cinquante-quatre, l'écu de trois livres vaudra cinquante-quatre deniers de gros; s'il est à soixante, il vaudra soixante deniers de gros : si l'argent est rare en France, l'écu de trois livres vaudra plus de deniers de gros; s'il est en abondance, il vaudra moins de deniers de gros.

Cependant cette rareté ou cette abondance d'où résulte la mutation du change, n'est pas la rareté ou l'abondance réelle, c'est une rareté ou une abondance relative; par exemple, quand la France a plus besoin d'avoir des fonds en Hollande, que les Hollandais n'ont besoin d'en avoir en France, l'argent est appelé commun en France et rare en Hollande, et réciproquement.

Supposons que le change avec la Hollande soit à cinquante-quatre : si la France et la Hollande ne composaient qu'une ville, on ferait comme on fait quand on donne la monnaie d'un écu : le Français tirerait de sa poche trois livres, et le Hollandais tirerait de la sienne cinquante-quatre deniers de gros; mais comme il y a de la distance entre Paris et Amsterdam, il faut que celui qui me donne pour mon écu de trois livres cinquante-quatre deniers de gros qu'il a en Hollande, me donne une Lettre de Change de cinquante-quatre deniers de gros sur la Hollande : il n'est plus question ici de cinquante-quatre deniers de gros, mais d'une Lettre de Change de cinquante-quatre deniers de gros; ainsi pour juger de la rareté et de l'abondance de l'argent, il faut savoir s'il y a en France plus d'écus destinés pour la Hollande, qu'il n'y a de Lettres de cinquante-quatre deniers de gros; s'il y a beaucoup de Lettres offertes par les Hollandais, et peu d'écus offerts par les Français, l'argent est rare en France et commun en Hollande; et il faut que le change hausse, et que pour votre écu on vous donne plus de cinquante-quatre deniers de gros, autrement vous ne le donnerez pas.

On voit que les diverses opérations de change forment un compte de recette et de dépense qu'il faut toujours solder; et qu'un état qui doit, ne s'acquitte pas plus avec les autres par le change, qu'un particulier ne paye une dette en changeant de l'argent.

S'il n'y avait, par exemple, que trois états dans le monde, la France, l'Espagne et la Hollande; que divers particuliers d'Espagne dussent en France la valeur de cent mille marcs d'argent, en même temps que divers particuliers de France devraient en Espagne cent dix mille marcs, et que quelque circonstance fît que chacun en Espagne et en France voulût tout à coup retirer son argent, que feraient les opérations du change? Elles acquitteraient réciproquement ces deux nations de cent mille marcs. Mais la France devrait toujours dix mille marcs en Espagne; ainsi les Espagnols auraient toujours des Lettres sur la France pour dix mille marcs, et la France n'en aurait point du tout sur l'Espagne.

Si la Hollande était dans un cas contraire avec la France, et que pour solde elle lui dût dix mille marcs, la France pourrait payer l'Espagne de deux manières, ou en donnant à ses créanciers d'Espagne des Lettres sur ses débiteurs de Hollande pour dix mille marcs, ou bien en envoyant en Espagne dix mille marcs d'argent en espèce.

Il suit de là que quand un état a besoin de remettre une somme d'argent dans un autre pays, il est indifférent, par la nature de la chose, que l'on y voiture de l'argent, ou que l'on prenne des Lettres de Change; l'avantage de ces deux manières de payer dépend uniquement des circonstances actuelles. Il faudra voir ce qui, dans ce moment, donnera plus de deniers de gros en Hollande, ou l'argent porté en espèces, ou une Lettre sur la Hollande de pareille somme, les frais de la voiture et de l'assurance déduits; car il faut faire attention qu'ordinairement le prix du change ne s'élève point au-dessus des frais et des risques du transport réel de l'argent, et qu'on préfère le transport réel, dès que le cours du change y fait voir du bénéfice.

Lorsque le même titre et le même poids d'argent en France, rendent le même poids et le même titre d'argent en Hollande, on dit que le change avec la Hollande est au pair. Dans l'état actuel des monnaies, le pair est ordinairement à peu près à cinquante-quatre deniers de gros par écu. Lorsque le change est au-dessus de cinquante-quatre deniers de gros, on dit qu'il est haut; lorsqu'il est au-dessous, on dit qu'il est bas.

Pour savoir si, dans une certaine situation du change, l'état gagne ou perd, il faut le considérer

Source : BIU Cujas

comme débiteur, comme créancier, comme acheteur, comme vendeur. En France, lorsque le change avec la Hollande est plus bas que le pair, l'état perd comme débiteur, il gagne comme créancier; il perd comme acheteur, il gagne comme vendeur.

On sent bien qu'il perd comme débiteur: par exemple, la France devant à la Hollande un certain nombre de deniers de gros, moins son écu vaudra de deniers de gros, plus il faudra d'écus pour payer: au contraire, si la France est créancière d'un certain nombre de deniers de gros, moins chaque écu vaudra de deniers de gros, plus elle recevra d'écus; l'état perd encore comme acheteur, car il faut toujours le même nombre de deniers de gros, pour acheter la même quantité de marchandises; et lorsque le change baisse, chaque écu de France donne moins de deniers de gros; par la même raison l'état gagne comme vendeur: je vends ma marchandise en Hollande le même nombre de deniers de gros que je la vendais; j'aurai donc plus d'écus en France, lorsqu'avec cinquante deniers de gros je me procurerai un écu, que lorsqu'il m'en faudra cinquante-quatre pour avoir ce même écu: le contraire de tout ceci arrivera à l'autre état; la Hollande doit un certain nombre d'écus, elle gagnera; et si on les lui doit, elle perdra; si elle vend elle perdra; si elle achète, elle gagnera.

Lorsque le change est au-dessous du pair, par exemple, s'il est à cinquante au lieu d'être à cinquante-quatre, il devrait arriver que la France envoyant par le change cinquante-quatre mille écus en Hollande, n'achetât des marchandises que pour cinquante mille écus; et que d'un autre côté, la Hollande, envoyant la valeur de cinquante mille écus en France, en rachetât pour cinquante-quatre mille; ce qui ferait une différence de huit cinquante-quatrièmes, c'est-à-dire, de plus d'un septième de perte pour la France; de sorte qu'il faudrait envoyer en Hollande un septième de plus en argent ou en marchandises qu'on ne faisait lorsque le change était au pair.

Il semble que cela devrait être, et cependant cela n'est pas; car si les désavantages du change sont permanens et sensibles, le négociant instruit dirige en conséquence ses opérations, et le change n'influe en aucune façon sur la valeur réelle des denrées et marchandises: le vendeur ou l'acheteur pour qui le change est désavantageux, convient alors d'un prix différent, ou du paiement sur le pied du change au pair; c'est ainsi que le commerce reprend toujours son niveau entre les mains des négocians instruits, et que les variations du change n'ont pas les inconvéniens qui paraissent être à craindre.

Plusieurs causes concourent à faire hausser le change. — Lorsque les négocians font beaucoup d'achats dans un pays, le change sur ce pays devient infailliblement désavantageux. — Il en est de même, lorsqu'on demande une grande quantité de Lettres de Change sur un pays qui ne doit rien.

Cependant le change de toutes les places tend toujours à se mettre à une certaine proportion, et cela est dans la nature de la chose même. — Si le change de l'Irlande à l'Angleterre est plus bas que le pair, celui de l'Irlande à la Hollande sera encore plus bas, c'est-à-dire, en raison composée de celui de l'Irlande à l'Angleterre, et de celui de l'Angleterre à la Hollande; car un Hollandais qui peut faire venir ses fonds indirectement d'Irlande par l'Angleterre, ne voudra pas payer plus cher pour les faire venir directement; cependant il y a des circonstances qui font varier ces choses; et la différence du profit qu'il y a à tirer par une place ou à tirer par une autre, est l'objet de l'étude particulière du banquier.

Au reste, les connaissances nécessaires au banquier, sont aussi très utiles à tout autre négociant pour profiter des avantages du change, lorsqu'il doit faire ou recevoir des paiemens. — Il doit savoir ce que c'est que le prix certain et le prix incertain: le prix certain est un prix fixe et invariable; et le prix incertain est un prix variable; c'est-à-dire qu'une place dans le change avec une autre place donne toujours le certain, pour avoir l'incertain, c'est-à-dire, plus ou moins; et une autre donne l'incertain, ou plus ou moins, pour avoir le certain: par exemple, à Lyon, on donne un écu de trois livres pour avoir cinquante-cinq deniers de gros à Amstersdam, plus ou moins: Lyon donne ici le certain pour avoir l'incertain; il donne au contraire l'incertain à Madrid, pour avoir le certain, c'est-à-dire, une quantité incertaine de sous, depuis soixante-quatorze jusqu'à soixante-dix huit, pour avoir une piastre.

Un négociant qui demeure dans une place où l'on donne le certain, étant obligé de faire une remise dans celle où l'on donne l'incertain, doit, pour la faire avec avantage, obtenir contre son prix certain, le plus d'espèces qu'il sera possible, de la place où l'on donne l'incertain; parceque plus il en reçoit pour son prix fixe, plus il gagne; moins il en reçoit, plus il perd ou manque de gagner. — Le négociant, au contraire, qui fait une remise dans une place où l'on donne le certain, doit donner le moins qu'il peut d'espèces de sa place. — Ainsi, pour le prix fixe de celle qui lui donne le certain, le change haut dans une place qui donne le certain, comme Paris avec Londres, indique l'avantage, et le change bas le désavantage. Par exemple: le pair de l'écu de France étant avec Londres trente deniers sterling, il est évident que si le change monte à trente-deux deniers, la France gagne deux deniers; s'il baisse à vingt-huit deniers, la France perd deux deniers sterling par écu. Au contraire, dans une place qui donne l'incertain pour le certain, comme Lyon avec Madrid, le change haut indique le désavantage, et le change bas l'avantage. Le pair de la piastre de huit réaux de *vieille plaite* ou *vieil argent*, supposé à soixante-dix-sept sous tournois, si Lyon donne soixante-dix-huit sous pour avoir à Madrid une piastre de change, Lyon perd un sou par piastre; si le

Source : BIU Cujas

change baisse à soixante-seize, Lyon gagne un sou par piastre.

En suivant ces principes, le bénéfice que le négociant peut tirer du cours des changes, est une affaire d'attention et de calcul. La valeur des monnaies connues, le pair du change et son cours actuel donnés, le négociant voit dans un moment sur quelle place il lui est plus avantageux de remettre ou de tirer, ou dans quelle place il lui convient mieux de donner des ordres pour faire tirer. Car il arrive souvent qu'un négociant paye ce qu'il doit dans une place, en faisant tirer de cette place sur lui, à son bénéfice : les opérations sont sûres, si le calcul est exact.

Il est aisé de voir par ce que nous venons de dire, qu'il ne faut pas seulement considérer la Lettre de Change comme un moyen de faciliter les paiemens en évitant le transport des espèces, mais encore comme une marchandise, qui considérée relativement aux rapports du change dans les principales places de l'Europe, produit de grands bénéfices par la circulation, et forme une branche de commerce très-utile. Les négocians ne se contentent pas de tirer des Lettres de Change pour payer leurs achats; mais profitant de leur crédit dans diverses villes de commerce, ils font d'autres Lettres de Change sans autre objet que de les négocier sur la place avec profit; ils en ont augmenté ainsi la quantité, et par-là ils ont donné plus d'activité à la circulation et plus de facilité au commerce; car ceux qui ont des remises à faire dans tous les pays commerçans, trouvent toujours par ce moyen des Lettres à prendre sur la place; mais on ne saurait apporter trop de soin dans le choix qu'on est sans cesse obligé d'en faire; tout particulier ayant la liberté de produire ce papier dans le commerce sous la même forme, il est extrêmement difficile de distinguer le papier solide de celui qui ne l'est pas; car la plus grande partie de ces papiers ne sont point une cession d'un fonds actuellement existant, mais un usage continuel du crédit; et une Lettre de Change, quoique acceptée et endossée, ne mérite pas toujours une pleine confiance, parceque l'accepteur, fondé sur l'apparence de la solidité du tireur, peut avoir accepté au-dessus de ses forces.

Le négociant doit donc s'appliquer à connaître toutes les bonnes maisons de commerce de sa place et celles des places étrangères; il ne lui sera pas moins utile pour juger du mérite des Lettres de change, d'être informé du genre d'affaires dont Chaque négociant s'occupe.

Il saura, autant qu'il est possible, quelles sont les maisons intéressées dans les faillites; car quoiqu'une maison ait du crédit, elle ne doit plus jouir de la même confiance, si elle a essuyé des pertes qui peuvent absorber sa fortune apparente; et les Lettres de Change qu'elle tire, peuvent n'être qu'une ressource préparée dans le secret de ses affaires, pour soutenir des entreprises ruineuses, ou un crédit sur le point d'expirer. Un négociant qui a eu soin de s'instruire, rejette, dans la négociation, les Lettres de Change de cette espèce.

Il faut distinguer parmi les Lettres de Change, celles qui sont tirées ou acceptées par les banquiers, de celles qui sont tirées ou acceptées par les négocians qui ne font point le commerce de banque. Celles du banquier n'ont jamais que deux causes, le bénéfice d'une provision, ou le bénéfice du change; car c'est à procurer ces deux sortes de bénéfices, que consiste le commerce de banque. Celles du négociant qui ne fait point le commerce de banque, n'ont pour cause qu'un paiement, les bénéfices de provision et de change ne s'y trouvant que comme des accessoires et par une suite naturelle de l'opération. — Mais donnons à ceci une attention plus particulière, car c'est le fondement de la confiance.

Un banquier sage ne tire des Lettres qu'à son avantage, et avec le bénéfice du change en sa faveur : il n'accepte non plus que pour des maisons réputées solides, et pareillement avec bénéfice. Ainsi, celui qui tire à un change désavantageux, qui, séduit par l'appas d'une provision, ou engagé par de premières acceptations qui l'ont mis à découvert, continue d'accepter pour une maison dont les opérations sont forcées, rend sa signature suspecte : cela se reconnaît à des acceptations de traites faites à perte : car un négociant ne tire à un tel change, que forcé par la nécessité de se faire des fonds, et par le besoin. Cette opération dangereuse se reconnaît encore aux retraites que fait le banquier, ou sur la même maison, ou sur une autre qui lui est indiquée pour se procurer son remboursement. Si, dans ce cas, on examine avec un peu d'attention cette maison, on la trouve embarrassée; car cette situation transpire toujours un peu, et la maison tierce qui se prête aux retraites, est infailliblement mauvaise ou associée aux embarras de la première : c'est pourquoi, la réputation du banquier qui a eu l'imprudence de livrer sa signature, est fortement compromise. Le négociant qui reconnaît ce caractère dangereux aux Lettres qu'on lui présente, ne doit pas y donner sa confiance, tant à cause des risques de perdre, que pour sa tranquillité. — Il ne faut pas cependant regarder cette observation comme une règle générale et applicable à toutes les places, sans exception; car les banquiers, après s'être assurés de la solidité d'une maison, lui prêtent souvent leur crédit, sans avoir égard au change; et l'usage de ce crédit peut devenir nécessaire à une maison dans des opérations de commerce dont les bénéfices sont bien supérieurs aux frais des traites et à la perte du change. Alors la réputation du négociant, l'étendue et la solidité de son commerce, et la sagesse du banquier assurent le crédit de ces Lettres, et sont la base de la confiance publique.

A l'égard des Lettres tirées ou acceptées par des négocians, il faut distinguer celles qui sont tirées ou acceptées par des négocians qui font le commerce de commission. Il y a peu d'attention à faire

Source : BIU Cujas

aux avantages et aux désavantages du change à l'égard des Lettres acceptées par un négociant qui vend par commission pour le compte du tireur; il est regardé comme ayant provision en main, et le crédit de ces Lettres est de la plus grande solidité. Il importe peu que le tireur, propriétaire de la marchandise ou du fonds qui est entre les mains de l'accepteur, ait tiré par un besoin pressant à un change désavantageux, si les fonds de sa traite sont faits, et l'accepteur solide.

Les traites du commissionnaire pour se rembourser sur le négociant qui lui a commis des achats, ont également une double sûreté : la solidité du commissionnaire tireur, et le fonds de la traite qui existe actuellement chez le négociant sur qui la traite a été faite. Mais il est rare que le négociant qui a commis des achats, les rembourse autrement qu'en faisant tirer à son bénéfice; parceque, pour s'acquitter, il a sur la place des moyens de remettre à son avantage, ou tout au moins au pair. S'il en arrive autrement, ou le négociant est gêné, ou il travaille mal. Mais dans l'un et dans l'autre cas, il faut considérer principalement la solidité de la signature du commissionnaire qui a fait la traite.

Les traites et les acceptations d'un négociant, données en paiement de marchandises, sont sans doute d'un ordre inférieur, mais cependant d'un crédit solide en général, parcequ'on en voit la cause dans l'achat des marchandises qui sont, chez le bon négociant, le gage de la solvabilité et de la confiance.

Il résulte de ces observations qu'un négociant doit avoir sous sa main, la note des variations de tous les changes, pour voir si les Lettres qui lui sont présentées, ont été tirées à un change avantageux ou désavantageux, ou au pair. Néanmoins, dans le doute sur la solidité du tireur, de l'accepteur et du premier endosseur, dans le cas même où les signatures lui seraient inconnues, un seul endossement connu rassure ou établit même la confiance.

Il faut encore observer, dans le choix des Lettres de Change, si elles sont conformes, par la date de leurs échéances, aux usages des places d'où elles sont tirées. Il y a peu de places dont les négocians tirent à plus de deux ou trois usances; alors les Lettres à plus long terme ne méritent guère la confiance, à moins qu'on n'ait des raisons particulières pour les juger solides.

§. II. *De l'origine et de la forme des Lettres de Change.*

I. Il n'y a aucun vestige de notre contrat de change ni des Lettres de Change dans le droit romain : les anciens ne connaissaient d'autre change que celui d'une monnaie contre une autre; ils ignoraient l'usage de changer de l'argent contre des Lettres.

On est fort incertain du temps où cette manière de commercer a commencé, aussi bien que de ceux qui en ont été les inventeurs.

Quelques auteurs, tels que Giovan, Villani, en son *Histoire universelle*, et Savary dans son *parfait Négociant*, attribuent l'invention des Lettres de Change aux Juifs qui furent bannis de France.

Ils prétendent que sous le règne de Dagobert I, en 640, sous Philippe-Auguste en 1181, et sous Philippe-le-Long en 1316, ces Juifs s'étant retirés en Lombardie pour y toucher l'argent qu'ils avaient déposé en sortant de France entre les mains de leurs amis, ils se servirent de l'entremise des voyageurs et marchands étrangers qui venaient en France, auxquels ils donnèrent des Lettres en style concis à l'effet de toucher ces deniers.

Cette opinion est combattue par Dupuis de La Serra, tant parcequ'elle laisse dans l'incertitude de savoir si l'usage des Lettres de Change a été inventé dès l'an 640, ou seulement en 1316, ce qui fait une différence de plus de six cents ans; qu'à cause que le bannissement des Juifs qui était la punition de leurs rapines et de leurs malversations, leur ayant attiré la haine publique, cet auteur ne présume pas que quelqu'un eût voulu se charger de leur argent en dépôt, les assister, et avoir commerce avec eux, au préjudice des défenses portées par les ordonnances.

Il est cependant difficile de penser que les Juifs n'aient pas pris des mesures pour faire passer en Lombardie la valeur de leurs biens; ce qui ne se pouvait faire que par le moyen des Lettres de Change : ainsi, il y a assez d'apparence qu'ils en furent les premiers inventeurs.

Les Italiens Lombards qui commerçaient en France, ayant trouvé cette invention propre à couvrir leurs usures, introduisirent aussi en France l'usage des Lettres de Change.

De Rubys, en son Histoire de la ville de Lyon, attribue cette invention aux Florentins spécialement, lesquels, dit-il, ayant été chassés de leur pays par les Gibelins, se retirèrent en France, où ils commencèrent, selon lui, le commerce des Lettres de Change, pour tirer de leur pays, soit le principal, soit le revenu de leurs biens. Cette opinion est même celle qui paraît la plus probable à Dupuis de La Serra, auteur du *Traité de l'art des Lettres de Change*.

Il est à croire que cet usage commença dans la ville de Lyon, qui est la ville de commerce la plus proche de l'Italie; et en effet, la place où les marchands s'assemblent dans cette ville pour y faire leurs négociations de Lettres de Change et autres semblables, s'appelle encore la *place du change*.

Les Gibelins chassés d'Italie par la faction des Guelphes, s'étant retirés à Amsterdam, se servirent aussi de la voie des Lettres de Change pour retirer les effets qu'ils avaient en Italie; ils établirent donc à Amsterdam le commerce des Lettres de Change, qu'ils appelèrent *Polizza di Cambio*.

Source : BIU Cujas

Ce furent eux pareillement qui inventèrent le rechange, quand les Lettres qui leur étaient fournies, revenaient à protêt, prenant ce droit par forme de dommages et intérêts. La place des marchands à Amsterdam est encore appelée aujourd'hui la *place Lombarde*, à cause que les Gibelins s'assemblaient en ce lieu pour y exercer le change. Les négocians d'Amsterdam répandirent dans toute l'Europe le commerce des Lettres de Change par le moyen de leurs correspondans, et particulièrement en France.

Ainsi, les Juifs retirés en Lombardie ont probablement inventé le commerce des Lettres de Change ; et les Italiens et négocians d'Amsterdam en ont établi l'usage en France.

Ce qui est de certain, c'est que les Italiens, et particulièrement les Génois et les Florentins, étaient dans l'habitude, dès le commencement du treizième siècle, de commercer en France, et de fréquenter les foires de Champagne et de Lyon : tellement que Philippe-le-Bel fit en 1294 une convention avec le capitaine et le corps de ces marchands et changeurs italiens, contenant que de toutes les marchandises qu'ils acheteraient et vendraient dans les foires et ailleurs, il serait payé au roi un denier par le vendeur, et un par l'acheteur; et que pour chaque livre de petits tournois à quoi monteraient les contrats de change qu'ils feraient dans les foires de Champagne et de Brie, et dans les villes de Paris et de Nîmes, ils paieraient une pite. Cette convention fut confirmée par les rois Louis-Hutin, Philippe-de-Valois, Charles V et Charles VI.

On voit aussi que, dès le commencement du quatorzième siècle, il s'était introduit dans le royaume beaucoup de florins, qui étaient la monnaie de Florence ; ce qui provenait sans doute du commerce que les Florentins et les autres Italiens faisaient en France.

Mais comme il n'était pas facile aux Florentins et aux autres Italiens de transporter de l'argent en France pour payer les marchandises qu'ils achetaient, ni aux Français d'en envoyer en Italie pour payer les marchandises qu'ils tiraient d'Italie, ce fut ce qui donna lieu aux Florentins et aux autres Italiens d'employer les Lettres de Change, par le moyen desquelles on fait tenir de l'argent d'un lieu dans un autre sans le transporter.

Les anciennes ordonnances font bien quelque mention de Lettres de Change : mais elles n'entendent par-là que les Lettres que le roi accordait à certaines personnes pour tenir publiquement le change des monnaies ; et dans les lettres-patentes de Philippe-de-Valois, du 6 août 1349, concernant les privilèges des foires de Brie et de Champagne, ce qui est dit des lettres passées dans ces foires, ne doit s'entendre que des obligations et contrats qui étaient passés sous le scel de ces foires, soit pour prêt d'argent, soit pour vente de marchandises ; mais on n'y trouve rien qui dénote qu'il fût question de Lettres tirées de place en place ; ce qui caractérise essentiellement les Lettres de Change.

La plus ancienne loi où l'on voit qu'il soit véritablement question de ces sortes de Lettres, est l'édit de Louis XI, du mois de mars 1462, portant confirmation des foires de Lyon. L'art. 7 veut « que, comme dans les foires, les marchands ont accoutumé user de changes, arrière-changes et intérêts, toutes personnes de quelque état, nation ou condition qu'elles soient, puissent donner, prendre et remettre leur argent par Lettres de Change, en quelque pays que ce soit, touchant le fait des marchandises, excepté la nation d'Angleterre, etc. »

L'article suivant ajoute que si « à l'occasion de quelques Lettres touchant les changes faits ès-foires de Lyon pour payer et rendre argent autre part, ou des Lettres qui seraient faites ailleurs pour rendre de l'argent auxdites foires de Lyon, lequel argent ne serait pas payé selon lesdites Lettres, en faisant aucune protestation, ainsi qu'ont accoutumé de faire les marchands fréquentant les foires, tant dans le royaume qu'ailleurs ; qu'en ce cas, ceux qui seront tenus de payer ledit argent tant pour le principal que pour les dommages et intérêts, y seront contraints tant à cause des changes, arrière-changes qu'autrement, ainsi qu'on a coutume de faire ès-foires de Pézénas, Montignac, Bourges, Genève et autres foires du royaume ».

On voit par ces dispositions, que les Lettres de Change tirées de place en place, étaient déjà en usage, non seulement à Lyon, mais aussi dans les autres foires et ailleurs.

La juridiction consulaire de Toulouse établie en 1549, celle de Paris établie en 1563, et les autres qui ont été ensuite établies dans plusieurs autres villes du royaume, ont, entre autres choses, pour objet de connaître du fait des Lettres de Change entre marchands.

Mais c'est l'ordonnance du commerce donnée au mois de mars 1673, qui a fixé la jurisprudence sur cette matière.

II. Pour former une Lettre de Change, il faut le concours de trois choses.

1° Il faut que le change soit réel et effectif, c'est-à-dire, que la Lettre soit tirée d'une place pour être payée dans une autre. [[*Code de commerce*, art. 110.]] — Ainsi une Lettre tirée de Paris sur Paris, n'est qu'un mandat ordinaire, et non une véritable Lettre de Change.

[[Le sieur Roques avait souscrit à *Auxerre*, au profit du sieur Freson, quatorze Lettres de Change qu'il avait datées de Paris ; et dont la valeur s'élevait à 12,300 liv. Elles étaient tirées sur le sieur Guinot d'*Auxerre*, qui les avait acceptées. — A l'échéance, protêt et poursuites devant le tribunal de commerce d'Auxerre, tant contre le tireur que contre l'accepteur. Toutes les parties comparaissent et consentent à être jugées en dernier ressort. — Nulle difficulté sur la légitimité de la créance. Mais y a-t-il lieu à la contrainte par

Source : BIU Cujas

corps? Les sieurs Roques et Guinot soutiennent la négative, sur le fondement que, d'une part, ils ne sont pas négocians, et que, de l'autre, les effets dont il s'agit, ne sont pas de vraies Lettres de Change, mais de simples mandats, et que cela résulte du défaut de remise de place en place. Le sieur Freson soutient au contraire que le défaut de remise de place en place ne peut pas ôter à ces effets le caractère que leur imprime la forme extérieure dont ils sont revêtus; et il insiste principalement sur les entraves que donnerait au commerce une pareille jurisprudence. — Jugement qui, attendu que, dans le fait, il n'y a pas eu remise de place en place, et qu'en conséquence les prétendues Lettres de Change dont il s'agit, ne peuvent être considérées que comme de simples mandats, déclare qu'il n'y a pas lieu à la contrainte par corps. — Le sieur Freson se pourvoit en cassation. Mais, par arrêt du 2 vendémiaire an 10, au rapport de M. Chasle, « attendu que pour que les effets dont il est question, fussent considérés comme des Lettres de Change, et pour que les tireurs et accepteurs fussent soumis à la contrainte par corps, *il faudrait qu'il y eût remise de place en place*, ce qui n'existe pas dans l'espèce; le tribunal rejette le pourvoi ».

Le Code de commerce érige cette jurisprudence en loi: il porte, art. 112, que l'on doit « réputer simples promesses toutes Lettres de Change contenant supposition..... des lieux d'où elles sont tirées, ou dans lesquels elles sont payables ». — *V. Consuls des marchands*, §. 2, n. 8; et mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Intérêts*, §. 2.]]

2° Il faut que le tireur, c'est-à-dire, celui qui donne cette Lettre, ait entre les mains de la personne sur laquelle il tire ce mandement, une somme pareille à celle qu'il reçoit, ou bien qu'il le tire sur son crédit; autrement, ce ne serait qu'un simple mandement ou rescription.

3° Il faut que la Lettre de Change soit faite dans la forme prescrite par l'art. 1 du titre 5 de l'ordonnance du mois de mars 1673, et qu'elle porte valeur reçue soit en deniers, marchandises ou autres effets. C'est ce qui distingue les Lettres de Change des billets de change qui ne sont point pour valeur fournie en deniers, marchandises ou autres effets, mais pour Lettres de Change fournies ou à fournir.

[[Le Code de commerce détermine ainsi, art. 110, la forme de la Lettre de Change: — « Elle est datée; elle énonce la somme à payer, le nom de celui qui doit payer, l'époque et le lieu où le paiement doit s'effectuer, la valeur fournie en espèce, en marchandises, ou de toute autre manière. Elle est à l'ordre d'un tiers ou à l'ordre du tireur lui-même. Si elle est par 1ere, 2e, 3e, 4e, etc., elle l'exprime. — Une Lettre de Change (ajoute l'art. 111) peut être tirée sur un individu, et payable au domicile d'un tiers. Elle peut être tirée par ordre et pour le compte d'un tiers ».]]

III. La forme ordinaire d'une Lettre de Change est la suivante: — « A Paris, ce premier août 1776. — Monsieur, à vue, il vous plaira payer par cette première de change à monsieur André, la somme de deux mille cinq cents livres pour valeur reçue comptant de monsieur Valentin; et mettez à compte comme par l'avis de votre très humble serviteur, *Fabrice*. — A monsieur Alexandre, négociant à Bordeaux ».

Il entre ordinairement, comme on vient de le voir, quatre personnes dans la confection d'une Lettre de Change: savoir, celui qui la fait, et qu'on appelle *tireur*, celui qui a donné la valeur, celui qui la doit payer, et celui qui doit en recevoir le montant.

Il est aussi très commun de faire des Lettres de Change en cette forme: — « A Paris, ce 2 août 1776. — Monsieur, à vue, il vous plaira payer, par cette première de change, à monsieur Alexandre ou à son ordre, la somme de deux mille livres, pour valeur reçue comptant dudit sieur; et mettez à compte comme par l'avis de votre très humble serviteur, *Thomazette*. — A monsieur Blanchard, négociant à Marseille ».

Dans cet exemple, la Lettre de Change est payable à celui qui en a donné la valeur; c'est pourquoi il n'y paraît que trois personnes.

Quelquefois celui sur qui la Lettre de Change est tirée, étant correspondant de celui qui la fait et de celui qui en donne la valeur, elle est payable à lui-même, et alors il n'y paraît non plus que trois personnes, comme dans cet exemple: — « A Paris, ce 15 août 1776. — Monsieur, à trois usances, il vous plaira payer, par cette première de change, à vous-même, la somme de deux mille écus, à cinquante-quatre deniers de gros pour écu, pour valeur reçue comptant de monsieur Pierrot; et mettez à compte comme par l'avis de votre très humble serviteur, *Dandart*. — A monsieur Josse, négociant à Rotterdam ».

Il ne paraît de même que trois personnes dans une Lettre de Change, lorsque celui qui la fait, met que la valeur est de lui-même, comme dans cet exemple: — « A Paris, le 16 août 1776. — Monsieur, aux prochains paiemens de Toussaints, il vous plaira payer à monsieur Larcher dix mille liv., pour valeur en moi-même; et mettez à compte comme par l'avis de votre très humble serviteur, *Gallois*. — A monsieur Jacquet, négociant à Lyon ».

On voit aussi des Lettres de Change où il ne paraît que deux personnes, celle qui a fait la Lettre et celle qui doit la payer, comme dans cet exemple: — « A Paris, le 20 août 1776. — Monsieur, aux prochains paiemens de Pâques, il vous plaira payer, par cette première de change, à vous-même, la somme de deux mille livres, pour valeur en moi-même; et mettez à compte comme par l'avis de votre très humble serviteur, *Robert*. — A monsieur Lacroix, négociant à Lyon ».

Source : BIU Cujas

Mais dans les Lettres de cette espèce on sous-entend une personne dont il est question dans la Lettre d'avis, et pour le compte de laquelle la traite ou la remise est faite.

Enfin, il y a des Lettres de Change qui sont payables à l'ordre du tireur lui-même. Mais elles ne sont pas de vraies Lettres de Change, tant que le tireur ne les a pas endossées de son ordre. *V. Faux*, sect. 1, §. 5 (tom. 5, pag. 126); et l'arrêt du 10 messidor an 11, rapporté ci-après, n. 6.

IV. Les *billets à domicile* sont-ils, à tous égards, assimilés aux Lettres de Change? *V. Ordre* (*billet à*), §. 2.

V. Par un arrêté du Gouvernement du 3 thermidor an 11, il est dit (art. 3), que « les traites du caissier général du trésor public destinées au service des ports, seront tirées sur lui-même, et payables à dix jours de vue fixe, à l'ordre des préposés du payeur général de la marine »; et (art. 4), qu'elles seront conformes à ce modèle : « en exécution des ordres qui m'ont été donnés par le ministre du trésor public, par sa décision du..., je paierai à dix jours de vue fixes, à l'ordre du payeur de la marine à...., la somme de.... Paris, le... *Le caissier général du trésor public.* — Payez à l'ordre de... *Le payeur de la marine, à....* » — L'art. 7 ajoute « qu'au fur et à mesure de la présentation des traites au trésor public, elles seront acceptées par le caissier général, et payées sans délai, à dix jours de vue fixes, sur le simple acquit des porteurs à l'ordre desquels elles auront été passées ».

Des billets ainsi conçus ont-ils le caractère de Lettres de Change? Ils ne l'ont pas par eux-mêmes; par eux-mêmes, ils ne sont que billets à ordre. Mais un décret impérial du 11 janvier 1808 veut qu'ils soient assimilés aux Lettres de Change. Voici ses termes :

« NAPOLÉON...., sur le rapport de notre ministre du trésor public; — Vu l'arrêté du 19 messidor an 11, relatif au mode d'envoi des fonds destinés au service des colonies; — Vu l'arrêté du 3 thermidor an 11, relatif aux traites affectées au service des arrondissemens maritimes; — Vu les art. 155, 187 et 189 du Code de commerce; — Notre conseil d'état entendu, — Nous avons décrété et décrétons ce qui suit :

» *Art.* 1. Les traites du caissier général du trésor public sur lui-même, transmissibles à un tiers, en paiement, par un agent du trésor public, spécialement autorisé à cet effet, sont assimilées aux Lettres de Change de commerce, tant pour le délai après lequel elles sont frappées de péremption, que pour la durée du cautionnement qui pourrait être exigé du propriétaire, lequel aurait, en vertu de jugement, obtenu le paiement sans la présentation des originaux desdites traites, en cas que ces originaux fussent adirés.

» 2. Les dispositions des art. 155, 187 et 189 du Code de commerce leur sont en conséquence déclarées applicables. — Néanmoins les cinq années qui acquièrent la prescription, ne courront que de la date de la transmission faite par le payeur du trésor à la partie prenante.

» 3. Notre grand-juge, ministre de la justice, et notre ministre du trésor public sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret ».

VI. La disposition de la déclaration du 27 septembre 1733 et de l'art. 1326 du Code Napoléon, est-elle applicable aux Lettres de Change signées par des particuliers qui ne sont ni marchands, ni artisans, ni laboureurs, ni vignerons, ni gens de travail? Et en conséquence, ces Lettres de Change sont-elles nulles, lorsqu'étant écrites d'une main étrangère, elles ne contiennent pas, de la part du signataire, une approbation exprimant en toutes lettres les sommes qui y sont portées? Cette question s'est présentée à la cour de cassation, dans l'espèce suivante.

En l'an 7, le sieur Devy, chirurgien, appose sa signature à trois effets écrits d'une main étrangère, payables à son ordre, conçus en forme de traites sur trois maisons de commerce de Toulouse, Narbonne et Carcassonne, et causés pour *valeur reçue en argent*. Il n'approuve pas, avant sa signature, les sommes portées dans ces effets; il y met simplement ces mots : *bon comme dessus*. — Il les transfère ensuite par un endossement au sieur Noguès.

En l'an 8, après la mort du sieur Devy, le sieur Noguès présente ces trois effets protestés aux héritiers du signataire. L'un d'eux, la dame Coute, refuse d'en payer sa part, sur le fondement que ces effets qu'elle qualifie elle-même de Lettres de Change, sont annullés par la déclaration de 1733.

La cause portée au tribunal de commerce de Perpignan, jugement en dernier ressort, qui attendu que la déclaration de 1733 n'est pas applicable aux Lettres de Change, condamne la dame Coute.

Celle-ci se pourvoit en cassation. — « La déclaration de 1733 (dit-elle), comprend dans sa disposition *tous les billets sous signature privée, au porteur, à ordre ou autrement, causés pour valeur en argent*; elle y comprend donc les Lettres de Change, puisqu'elle ne les en excepte pas. Cette loi admet bien des exceptions, mais ce n'est que relativement à certaines personnes; elle n'en admet aucune qui soit relative à certains actes. D'ailleurs les trois effets dont il s'agit, ne sont pas des Lettres de Change : on ne trouve pas dans le corps de l'acte qui constitue chacun d'eux, les trois personnes dont le concours est nécessaire dans ces sortes de billets. Simples rescriptions ou mandats dans leur origine, ils n'ont pas pu devenir Lettres de Change par l'effet de l'ordre qu'en a passé le sieur Devy au sieur Noguès ».

Le sieur Noguès répond — Que la déclaration de 1733 annonce elle-même, dans son préambule, que sa disposition n'est pas applicable aux *actes nécessaires pour le commerce*; — Que les exceptions qui la modifient, ne sont donc pas restreintes

Source : BIU Cujas

aux personnes; — Qu'elles s'étendent donc à tous les actes dont le commerce a un besoin journalier, et par conséquent aux Lettres de Change; — Que contester la qualité de Lettres de Change aux effets dont il s'agit, c'est s'élever contre l'usage général et la doctrine de tous les auteurs; — Qu'ils n'étaient pas, à la vérité, Lettres de Change dans leur formation primordiale, mais qu'ils en ont acquis le caractère par les endossemens dont le tireur lui-même les a revêtus. (*V.* ci-devant, n. 3.)

Par arrêt du 10 messidor an 11, au rapport de M. Coffinhal, la cour de cassation rejette la demande de la dame Coute, — « Attendu que feu Devy, en souscrivant des Lettres de Change, s'était mis dans la classe des banquiers et négocians, à l'égard desquels la déclaration de 1733 a une exception expresse; — Qu'au surplus, la question sur le caractère des effets dont il s'agit, n'a pas été élevée devant le tribunal de commerce; qu'ils y ont, au contraire, été considérés comme Lettres de Change; qu'en effet ils contiennent remise de place en place; et que la troisième personne y est indiquée par le tireur lui-même, par l'ordre qu'il a passé suivant l'usage du commerce; que la prétention contraire n'aurait même pu être mise en avant, qu'en déclinant la juridiction du tribunal de commerce, devant lequel l'on a, au contraire, procédé volontairement et sans aucune réclamation ».

VII. Peut-on passer une Lettre de Change devant notaire?

Cette question m'a été proposée le 25 fructidor an 12, par le président du tribunal de commerce de.... — « J'ai l'honneur de vous transmettre (m'a-t-il écrit), copie d'une espèce de Lettre de Change de la somme de 310 francs reçue par Dalbois, notaire public à Bort, département de la Corrèze, ladite Lettre consentie par Michel Bedabourg, se disant marchand du Port-Dieu, département de la Corrèze, au profit de Claude Brousset, se disant marchand, demeurant en ladite ville de Bort, tirée sur le citoyen Violle cadet, négociant de la ville de Mauriac. — Cette prétendue Lettre de Change a été protestée le 12 messidor dernier, et suivie d'assignation le 13, avant son échéance, n'ayant été stipulée payable que le 1er fructidor an 15; ce qui opère d'abord une nullité dans la procédure. — Mais il s'élève là-dessus une question essentielle qui intéresse particulièrement la société et le commerce: c'est celle de savoir si un particulier qui se dit marchand, et qui souvent ne l'est pas, et qui d'ailleurs ne sait ni lire ni écrire, peut consentir une Lettre de Change devant notaire? Je ne le pense pas, sur-tout d'après l'ordonnance du commerce et les dernières lois sur la contrainte par corps. Il s'ensuivrait d'ailleurs les plus grands inconvéniens; car ceux qui chercheraient à emprunter, ne trouveraient de prêteur que dans des gens qui sous le prétexte d'une Lettre de Change, pourraient, sous un simple prêt, se ménager la contrainte par corps; et sous prétexte d'une Lettre de Change passée devant notaire, traduire le débiteur au tribunal de commerce, ce qui serait un attentat porté à la liberté des citoyens. — D'un autre côté, comment serait-il possible que celui sur lequel une Lettre de Change aurait été tirée, l'acceptât et la payât sur une expédition notariée qu'il ne connaît pas, puisque le notaire demeure nanti de la minute, ainsi qu'il vient d'arriver dans l'espèce actuelle »?

A cette question, j'ai fait, le 30 du même mois, la réponse suivante: — « Je ne saurais partager l'avis que vous paraissez avoir adopté sur la question qui est l'objet de votre consultation. — Il est sans doute fort extraordinaire qu'une Lettre de Change soit passée devant notaire. L'exemple que vous m'en donnez, est le seul que j'aie vu; mais ce n'est pas une raison pour s'écarter, dans l'espèce, des principes qui régissent la matière du contrat de change. — Il y a contrat de change toutes les fois qu'une somme quelconque d'argent est donnée dans un lieu à une personne, qui s'oblige d'en rendre l'équivalent dans un autre. — Or, par-tout où il y a contrat de change, il peut y avoir Lettre de Change, comme par-tout où il y a contrat de vente, il peut y avoir un acte qui constate la vente même. — Il y a donc Lettre de Change dans l'espèce, s'il y a titre qui contient, 1° la preuve de la numération de l'argent dans un lieu; 2° la preuve de la promesse faite par celui qui l'a reçue, d'en rendre l'équivalent dans un autre lieu; 3° la date, etc. — Or, ce titre existe dans l'espèce. Ce titre est donc une Lettre de Change. — Qu'importe que ce titre soit passé devant notaire? Il y a des actes dont la loi exige la passation devant notaire, et qui seraient nuls, s'ils étaient sous seing-privé: tels sont ceux qui portent donation entre-vifs. Mais il n'y en a point que la loi frappe de nullité, sous prétexte qu'ayant pu être faits sous seing-privé, ils l'ont été devant notaires. L'authenticité d'un acte ne peut jamais être un vice; c'est au contraire, une garantie de plus de la véracité de l'acte même. — Il a passé, l'année dernière, sous les yeux de la cour de cassation, dans une affaire sur laquelle je portais la parole, un contrat de vente notarié dont le prix était stipulé payable à l'ordre du vendeur; celui-ci avait en conséquence endossé l'expédition, et c'était son endosseur qui agissait en paiement contre l'acquéreur. Le point litigieux était indépendant de cette circonstance; mais il n'est venu à la pensée de personne que cette circonstance pût donner lieu à aucune difficulté. L'endossement fut considéré par les parties, par leurs défenseurs et par les magistrats comme ayant valablement subrogé celui qui en était porteur, aux droits du vendeur. — Et si, comme il a été généralement reconnu dans cette affaire, on peut faire une obligation à ordre par-devant notaires, pourquoi ne pourrait-on pas également faire une Lettre de Change dans la même forme? — Mais, dites-vous, il résultera de là qu'un homme qui ne sait pas écrire, marchand ou non, ne trouvera de l'argent qu'en se soumettant, par une Lettre de Change notariée, à la contrainte par corps. — Le même

Source : BIU Cujas

inconvénient peut arriver et arrive tous les jours, pour ceux qui sans être marchands, savent écrire et signer. On ne leur prête que sous la condition d'en donner leur reconnaissance dans la forme d'une Lettre de Change sous seing-privé, et jamais on ne s'avise de contester à une pareille Lettre de Change, tous les effets attachés par la loi à ces sortes d'obligations. Dès que le titre a la forme d'une Lettre de Change, et qu'il y a remise de place en place, il emporte, non seulement la contrainte par corps, mais encore la soumission à la juridiction des tribunaux de commerce. — Vous regardez comme impossible que celui sur qui est tirée une Lettre de Change par-devant notaires, l'accepte et la paye sur une expédition. — D'où vient donc cette prétendue impossibilité? L'acceptation peut certainement être écrite sur l'expédition; et il n'est pas moins certain que le paiement peut également se faire sur la même pièce. — A la vérité, celui au profit duquel la Lettre de Change a été créée devant notaires, pourra, après le paiement, en demander une nouvelle expédition. — Mais, 1° cette nouvelle expédition ne pourra lui être délivrée qu'avec l'autorisation des juges (telle était la règle avant la loi du 25 ventose an 11 sur le notariat; et bien loin d'y déroger, cette loi l'a maintenue expressément); et l'on sent bien que le juge n'accordera cette autorisation qu'après avoir entendu celui qui a créé la Lettre et celui sur qui elle a été tirée, pour vérifier si elle est ou n'est pas acquittée. — 2° Quand cette seconde expédition serait effectivement délivrée, le porteur ne pourrait en faire aucun usage contre celui qui l'a payée, puisque ce dernier aurait pardevers lui l'acquit constatant le paiement qu'il en a fait. — 3° A l'égard du créeur qui ne pourrait pas représenter cet acquit, il pourrait, si le porteur revenait contre lui, opposer le défaut de représentation d'un protêt. — Et si on lui en représentait un qui eût été suivi d'un paiement dont il n'aurait pas la preuve, il pourrait au moins exiger caution, à l'instar de celui qui est poursuivi en vertu d'une seconde Lettre de Change délivrée pour cause d'adirement de la première. — Il pourrait aussi demander qu'il fût sursis à prononcer, jusqu'à ce qu'il eût mis en cause celui par qui il soutiendrait que la Lettre de Change a été payée sur la première expédition. — Et en dernière analyse, il aurait toujours à s'imputer de n'avoir pas concerté avec celui qui a payé, les moyens de faire constater le paiement de manière à pouvoir décharger la minute. — Enfin, je conviens avec vous qu'il peut y avoir à tout cela des inconvéniens plus ou moins graves; mais des inconvéniens ne peuvent jamais autoriser les tribunaux à s'écarter des lois existantes. Ils peuvent seulement être présentés au législateur pour qu'il les pèse dans sa sagesse. — Je n'entre dans tous ces développemens avec vous que parceque vous m'assurez que dans l'espèce sur laquelle vous me faites l'honneur de me consulter, il y a dans la précocité des poursuites, une raison suffisante pour repousser le demandeur en paiement de la Lettre de Change. Sans cela, je ne pourrais pas me permettre de répondre à votre consultation ».]]

§. III. *De la qualité des personnes qui interviennent dans la négociation d'une Lettre de Change.*

I. L'usage des Lettres de Change n'a d'abord été introduit que parmi les marchands, banquiers et négocians pour la facilité du commerce qu'ils font, soit avec les provinces, soit dans les pays étrangers. Il a été ensuite étendu aux receveurs des tailles, receveurs généraux des finances, fermiers du roi, traitans et autres gens d'affaires et de finance, à cause du rapport qu'il y a entre eux et les marchands et négocians, pour tirer des provinces les deniers de leur recette, au lieu de les faire voiturer; et comme ces sortes de personnes négocient leur argent et leurs Lettres de Change, ils deviennent à cet égard justiciables de la juridiction consulaire.

Les personnes d'une autre profession qui tirent, endossent ou acceptent des Lettres de Change, deviennent pareillement justiciables de la juridiction consulaire, et même soumises à la contrainte par corps; c'est pourquoi il ne convient point à ceux qui ont des bienséances à garder dans leur état, de tirer, endosser ou accepter des Lettres de Change; mais toutes sortes de particuliers peuvent, sans aucun inconvénient, être porteurs d'une Lettre de Change tirée à leur profit.

II. Les ecclésiastiques ne peuvent se mêler du commerce des Lettres de Change: les Lettres qu'ils adressent à leurs fermiers ou receveurs, ne sont que de simples rescriptions ou mandemens qui n'emportent point de contrainte par corps, quoique ces mandemens aient été négociés. — [[Mais *V. Contrainte par corps*, n. 22.]]

III. Les mineurs qui sont marchands ou banquiers de profession peuvent intervenir dans la négociation des Lettres de Change, en tirer et en accepter sans espérance de restitution. C'est ce que porte l'art. 6 du titre 1 de l'ordonnance du commerce de 1673.

Quant aux mineurs qui ne sont par état ni marchands ni banquiers, Pothier pense judicieusement qu'ils doivent être restitués contre les obligations qu'ils ont pu contracter en tirant ou en acceptant des Lettres de Change. Il fonde son opinion sur ce qu'il n'y a aucune loi ni jurisprudence qui tire les Lettres de Change de la règle générale suivant laquelle la restitution est accordée aux mineurs contre tous les actes par lesquels ils sont lésés. On trouve d'ailleurs au Journal des audiences, un arrêt du 19 avril 1717, par lequel il a été jugé qu'un mineur, quoique marié, ne pouvait valablement accepter ni endosser des Lettres de Change pour des sommes qui excédaient ses revenus.

[[Suivant la loi du 15 germinal an 6, tit. 2, art. 2, les *mineurs non commerçans* n'étaient pas sujets à la contrainte par corps pour Lettres de Change. *V. Contrainte par corps*, n. 23.

Source : BIU Cujas

Le Code de commerce, art. 114, s'explique là-dessus avec plus de précision : « les Lettres de Change souscrites par des mineurs non négocians, sont nulles à leur égard, sauf les droits respectifs des parties, conformément à l'art. 1312 du Code Napoléon ». — *V. Mineur.*]]

IV. Les femmes qui sont sous puissance de mari et qui comme marchandes publiques, font, au su de leurs maris, un commerce dont ils ne se mêlent pas, peuvent sans avoir besoin d'autorisation, contracter valablement les engagemens usités dans les négociations relatives aux Lettres de Change. [[*V. Contrainte par corps*, n. 16.]]

A l'égard des autres femmes sous puissance de mari, elles ne peuvent intervenir valablement dans ces sortes de négociations sans y être autorisées, quand même ce serait pour les affaires de leurs maris. Cela est conforme aux dispositions des art. 234 et 235 de la coutume de Paris; et c'est d'après le même principe, que Savary dans ses parères, juge nulle l'acceptation faite par une femme d'une Lettre de Change que son mari tire sur elle.

S'il était justifié que la femme d'un marchand a coutume, au su de son mari, de signer des Lettres de Change pour lui, sa signature en ce cas serait valable; mais ce ne serait pas la femme qui serait obligée, ce serait le mari; il serait censé avoir contracté par le ministère de sa femme.

[[L'art. 113 du Code de commerce déclare que « la signature des femmes et des filles non négociantes ou marchandes publiques, sur Lettres de Change, ne valent, à leur égard, que comme simples promesses ». *V. Marchande publique.*]]

V. L'art. 1, du tit. 2 de l'ordonnance de 1673, et l'art. 34 de l'arrêt du conseil du 24 septembre 1724, défendent aux agens de change de faire, pour leur compte particulier, aucun commerce de Lettres de Change, soit sous leurs noms, soit sous des noms interposés, sous peine de privation de leurs charges et de 3000 l. d'amende.

Cette défense [[qui a été renouvelée par l'art. 7 de la loi du 21 avril 1791, et par l'art. 85 du Code de commerce, ainsi qu'on peut le voir au mot *Mandat*, §. 6]], a eu pour objet de prévenir les monopoles auxquels pourrait donner lieu la connaissance que les agens de change ont des affaires des divers négocians de la ville où ils sont établis. Si, par exemple, un agent de change de Bordeaux savait que les remises que les négocians de cette ville ont à faire à Cadix dans le cours de l'année, sont considérables, et que ce qu'ils ont à en tirer est de peu de conséquence, cet agent de change pourrait, si la loi n'y mettait pas obstacle, se hâter de prendre pour son compte particulier toutes les Lettres de Change à tirer sur Cadix, et les revendre ensuite à un prix exorbitant aux négocians qui en auraient besoin.

Remarquez néanmoins que, quoiqu'il soit défendu aux agens de change de faire un commerce de Lettres de Change, et même d'être cautions des tireurs ou endosseurs, comme nous l'avons dit à l'article *Agent de change*, les actes qu'ils passent en contravention des lois que nous avons citées, ne laissent pas d'être valables : la raison en est que ces lois n'ont pas prononcé la nullité de ces actes, mais une autre peine.

[[VI. A l'égard des Lettres de Change dans lesquelles interviennent des Juifs, *V. Juif*, sect. 5, §. 4, n. 5.]]

§. IV. *Des règles relatives à l'usage, au commerce* [[*et au paiement*]] *des Lettres de Change.*

I. Il se forme, par le moyen d'une Lettre de Change, un contrat entre le tireur et celui qui donne la valeur. Le tireur s'engage à faire payer le montant de la Lettre de Change.

Un tel contrat n'est point un prêt: c'est un contrat du droit des gens et de bonne foi, un contrat nommé *contrat de change*; c'est une espèce d'achat et de vente, de même que les cessions ou transports; car celui qui tire la Lettre de Change vend, cède et transporte la créance qu'il a sur celui qui la doit payer.

II. Ce contrat est parfait par le seul consentement, comme l'achat et la vente; tellement que lorsqu'on traite d'un change pour quelque paiement ou foire dont l'échéance est éloignée, il peut arriver que l'on ne délivre pas pour lors la Lettre de Change; mais pour la preuve de la convention, il faut qu'il y ait billet portant promesse de fournir la Lettre de Change; ce billet est ce qu'on appelle *billet de change*. [[*V.* ci-après, §. 8.]]

III. Les Lettres de Change doivent contenir sommairement, suivant l'art. 1 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, [[et l'art. 110 du Code de commerce]], le nom de la personne à laquelle le contenu doit en être payé, ce qui s'exprime ainsi : *vous payerez à monsieur.....*

On prétend que les banquiers font difficulté d'acquitter une Lettre de Change dans laquelle le tireur ayant omis d'indiquer celui à qui elle doit être payée, a néanmoins fait mention de la personne qui en a fourni la valeur, comme s'il eût dit, *à vue, vous payerez la somme de* 1000 *écus valeur reçue de M. Paul :* mais Pothier observe fort bien qu'en cas pareil, il serait raisonnable de présumer que le tireur a entendu que la Lettre fût payable à celui de qui il a déclaré en avoir reçu la valeur.

IV. Les lois citées veulent qu'une Lettre de Change spécifie le temps auquel elle doit être payée.

Il faut conclure de cette disposition que la Lettre où le temps du paiement ne sera pas exprimé, ne vaudra pas comme Lettre de Change; mais elle vaudra comme une reconnaissance que celui qui a donné la Lettre, a reçu la somme y mentionnée; et en conséquence, la personne qui a donné cette somme, aura une action pour la répéter, si celui à qui la Lettre est adressée, ne la paye pas.

Source : BIU Cujas

Les termes des paiemens des Lettres de Change sont de cinq sortes.

La première est des Lettres payables à vue ou à volonté : celles-ci doivent être payées aussitôt qu'elles sont présentées.

La seconde est des Lettres payables à tant de jours de vue ; en ce cas, le délai ne commence à courir que du jour que la Lettre a été présentée.

La troisième est des Lettres payables à tant de jours d'un tel mois, et alors l'échéance est déterminée par la Lettre même.

La quatrième est à une ou plusieurs usances, qui est un terme déterminé par l'usage du lieu où la Lettre de Change doit être payée, et qui commence à courir, ou du jour de la date de la Lettre de Change, ou du jour de l'acceptation ; il est plus long ou plus court, suivant l'usage de chaque place. En France, les usances sont fixées à trente jours par l'ordonnance du commerce, tit. 5, ce qui a toujours lieu, quoique les mois aient plus ou moins de trente jours ; mais dans les places étrangères, il y a beaucoup de diversité. A Londres, par exemple, l'usance des lettres de France est du mois de la date ; en Espagne, de deux mois ; à Venise, Gênes et Livourne, de trois mois, et ainsi des autres pays : on peut voir à ce sujet l'art. des Lettres de Change, par Dupuis de La Serra.

La cinquième espèce de terme pour les Lettres de Change, est en paiemens aux foires ; ce qui n'a lieu que pour des places où il y a des foires établies, comme Lyon, Francfort et autres endroits, et ce temps est déterminé par les règlemens et statuts de ces foires.

[[Voici ce que règle sur tout cela le Code de commerce :

« *Art.* 129. Une Lettre de Change peut être tirée à vue, — A un ou plusieurs jours, — A un ou plusieurs mois, — A une ou plusieurs usances, de vue ; — A un ou plusieurs jours, — A un ou plusieurs mois, — A une ou plusieurs usances, de date ; — A jour fixe, ou à jour déterminé ; — En foire.

» 130. La Lettre de Change à vue est payable à sa présentation.

» 131. L'échéance d'une Lettre de Change à un ou plusieurs jours, à un ou plusieurs mois, à une ou plusieurs usances, de vue, est fixée par la date de l'acceptation, ou par celle du protêt faute d'acceptation.

» 132. L'usance est de trente jours, qui courent du lendemain de la date de la Lettre de Change. — Les mois sont tels qu'ils sont fixés par le calendrier grégorien.

» 133. Une Lettre de Change payable en foire, est échue la veille du jour fixé pour la clôture de la foire, ou le jour de la foire, si elle ne dure qu'un jour.

» 134. Si l'échéance d'une Lettre de Change est à un jour férié légal, elle est payable la veille ».]]

V. L'ordonnance de 1673 [[et le Code de commerce]] veulent que la Lettre de Change contienne le nom de celui qui en a fourni la valeur, et en quoi cette valeur a été fournie.

Cette dernière disposition est, selon la remarque de Pothier, un droit nouveau établi pour empêcher les fraudes des banqueroutiers, qui ayant des Lettres de Change portant simplement *valeur reçue*, et desquelles ils n'avaient fourni d'autre valeur que leur billet, passaient des ordres, à la veille de leur banqueroute, à des créanciers supposés pour recevoir sous leur nom le montant de ces Lettres, au moyen de quoi ils faisaient perdre la valeur de ces mêmes Lettres à ceux qui les leur avaient fournies.

Faute d'avoir exprimé en quoi la valeur a été fournie, la Lettre ne vaut pas comme Lettre de Change ; on ne la considère que comme un simple mandat de payer à la personne à qui la Lettre a été donnée : c'est pourquoi, dans le cas de faillite de cette personne, le tireur peut, en rendant le billet qui lui a été donné pour valeur, retirer la Lettre qu'il a fournie.

Pareillement lorsqu'on n'a pas exprimé en quoi la valeur a été fournie, celle qui est mentionnée dans la Lettre, est présumée fictive relativement aux créanciers du tireur. Ils peuvent saisir entre les mains de celui sur qui la Lettre est tirée, la somme y énoncée, comme ayant toujours appartenu au tireur leur débiteur ; et le porteur de la Lettre ne peut obtenir main-levée de la saisie, qu'en justifiant, soit par les livres du tireur, soit autrement, que le tireur en a effectivement reçu la valeur. C'est ce qu'a décidé Savary, le 8 juin 1683, dans son 46e parère.

Quant au tireur qui a reconnu avoir reçu la valeur en ces termes *valeur reçue*, quoiqu'il n'ait pas spécifié conformément à l'ordonnance en quoi il a reçu cette valeur, il ne doit point être écouté en niant qu'il l'a reçue, à moins qu'il ne le justifie par le billet de celui auquel il a fourni la Lettre.

VI. Outre les choses prescrites par l'ordonnance pour la validité d'une Lettre de Change, on conçoit bien qu'elle doit aussi contenir le nom de la personne à qui elle est adressée, ou du moins une désignation suffisante de cette personne et de la somme qui doit être payée.

Il convient d'écrire cette somme en lettres plutôt qu'en chiffres, afin d'éviter les altérations dont les chiffres sont plus susceptibles que les lettres : au surplus, une Lettre de Change où la somme ne serait désignée qu'en chiffres, ne laisserait pas d'être valable, parcequ'il n'y a aucune loi qui oblige le tireur à écrire la somme en lettres.

Si, en cas pareil, l'accepteur craignait qu'on n'altérât la Lettre de Change, il pourrait écrire en lettres, *accepté pour la somme de tant.*

VII. Ordinairement le tireur qui fournit une Lettre de Change, en avertit par une lettre d'avis celui sur qui il la tire ; mais cela n'est pas néces-

Source : BIU Cujas

saire pour la validité de la Lettre de Change : il y a même beaucoup de négocians qui tirent des Lettres de Change sur leurs correspondans, sans les en avertir, sur-tout lorsque les sommes ne sont pas considérables.

VIII. Observez que le défaut de date ou une erreur dans la date d'une Lettre de Change, ne peuvent être opposés ni par le tireur, ni par l'accepteur. Il faut en dire autant de l'omission du lieu où la Lettre de Change a été écrite.

IX. Observez aussi qu'on fait quelquefois plusieurs exemplaires d'une même Lettre de Change, afin que, dans le cas où le porteur de la Lettre en aurait égaré un, il pût se faire payer sur celui qui lui resterait. Il est même assez ordinaire de tirer par *première et seconde* les Lettres de Change qui ont un certain nombre d'usances à courir, sur-tout lorsqu'on les envoie à l'étranger : on adresse la première à celui qui doit l'accepter ; et l'on passe l'ordre sur la seconde, en désignant au bas le banquier ou négociant chez lequel on trouvera la première acceptée. — [[*V.* l'art. 110 du Code de commerce, rapporté ci-devant, sect. 2, n. 2.]]

Si le tireur a manqué d'exprimer dans le premier exemplaire, quelqu'une des choses prescrites par l'ordonnance, il peut rectifier ce défaut dans le second exemplaire.

X. Toute Lettre de Change doit être acceptée purement et simplement et par écrit. Une acceptation conditionnelle pourrait être regardée comme un refus, et l'ordonnance a abrogé l'usage des acceptations verbales. *V. Acceptation.*

[[Le Code de commerce contient, sur cette matière, les dispositions suivantes :

« *Art.* 118. Le tireur et les endosseurs d'une Lettre de Change sont garans solidaires de l'acceptation et du paiement à l'échéance.

» 119. Le refus d'acceptation est constaté par un acte que l'on nomme *protêt faute d'acceptation.*

» 120. Sur la notification du protêt faute d'acceptation, les endosseurs et le tireur sont respectivement tenus de donner caution pour assurer le paiement de la Lettre de Change à son échéance, ou d'en effectuer le remboursement avec les frais de protêt et de rechange. — La caution, soit du tireur, soit de l'endosseur, n'est solidaire qu'avec celui qu'elle a cautionné.

» 121. Celui qui accepte une Lettre de Change, contracte l'obligation d'en payer le montant. — L'accepteur n'est pas restituable contre son acceptation, quand même le tireur aurait failli à son insçu avant qu'il eût accepté.

» 122. L'acceptation d'une Lettre de Change doit être signée. — L'acceptation est exprimée par le mot *accepté.* — Elle est datée, si la Lettre est à un ou plusieurs jours ou mois de vue ; — Et, dans ce dernier cas, le défaut de date de l'acceptation rend la Lettre exigible au terme y exprimé, à compter de sa date.

» 123. L'acceptation d'une Lettre de Change, payable dans un autre lieu que celui de la résidence de l'accepteur, indique le domicile où le paiement doit être effectué ou les diligences faites.

» 124. L'acceptation ne peut être conditionnelle ; mais elle peut être restreinte quant à la somme acceptée. — Dans ce cas, le porteur est tenu de faire protester la Lettre de Change pour le surplus.

» 125. Une Lettre de Change doit être acceptée à sa présentation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures de sa présentation. — Après les vingt-quatre heures, si elle n'est pas rendue acceptée ou non acceptée, celui qui l'a retenue est passible de dommages-intérêts envers le porteur ».

On voit que par ces dispositions, le Code de commerce ne fait que développer et expliquer celles de l'ordonnance de 1673. — Arrêtons-nous seulement à l'art. 122, qui exige, comme le faisait l'ordonnance de 1673, que l'acceptation de la Lettre de Change soit *signée* et exprimée par le mot *accepté.*

Lorsque cet article fut proposé au conseil d'état, un membre demanda si, par sa disposition, l'on entendait proscrire l'acceptation par Lettres missives ; et il fut répondu que l'on ne voulait à cet égard rien innover ; qu'à la vérité, il arrivait rarement que, par une Lettre missive, on contractât l'engagement d'acquitter une Lettre de Change, d'une manière assez précise, pour qu'il en résultât l'équivalent d'une acceptation formelle ; mais que si le cas se présentait, les tribunaux étaient là pour le juger.

Voici une espèce dans laquelle la question s'était présentée sous l'empire de l'ordonnance de 1673.

Les sieurs Albrecht et Delbruck, négocians à Bordeaux, étaient créanciers de Philippe Couve, de Marseille, d'une somme de 10,000 francs. Celui-ci, pour s'acquitter envers eux, les prie de tirer cette somme, pour son compte, sur les sieurs Féronce, Crayen et compagnie, de Lyon.

En conséquence, le 9 germinal an 11, les sieurs Albrecht et Delbruck tirent sur les sieurs Féronce, Crayen et compagnie, à l'ordre des sieurs Bethman et fils, deux Lettres de Change, chacune de 5000 f., à trois usances ; et le même jour, ils en donnent avis aux sieurs Féronce, Crayen et compagnie, en leur disant : *Nous vous prions de vouloir bien les accueillir, pour vous en entendre avec ledit ami de Marseille.*

Le 16 du même mois, les sieurs Féronce, Crayen et compagnie leur font cette réponse : — « Nous avons reçu la Lettre que vous nous avez fait l'honneur de nous écrire le 9 du courant. Les deux traites de 5000 francs que vous nous mandez avoir fournies sur nous, pour le compte de M. Philippe Couve, de Marseille, du 9 germinal, à trois usances, *recevront le meilleur accueil de notre part* ».

Source : BIU Cujas

Le 15 prairial suivant, Philippe Couve suspend ses paiemens. — L'échéance des Lettres de Change arrivée, les porteurs les présentent aux sieurs Féronce, Crayen et compagnie, qui refusent de les payer, sur le fondement que Philippe Couve ne leur a pas remis de fonds.

Les porteurs se font rembourser par les sieurs Albrecht et Delbruck; et le 19 vendémiaire an 12, ceux-ci font assigner les sieurs Féronce, Crayen et compagnie au tribunal de commerce de Lyon, pour se voir condamner à leur payer le montant des Lettres de Change, avec les intérêts et frais de protêt, de rechange, etc.

Le 16 pluviose suivant, jugement qui prononce conformément à ces conclusions, — « Attendu qu'en matière de commerce, les engagemens se forment indifféremment par correspondance ou par acte consenti entre négocians habitant la même ville; que dans tous les cas, c'est le sens littéral de ce qui est écrit, qui détermine la valeur de l'engagement; et que la justice ne peut s'écarter de ce sens littéral, pour admettre des interprétations nuisibles à l'intérêt d'un tiers qui a suivi la foi de celui qui s'est engagé par correspondance; parceque toute personne qui écrit, étant libre de choisir ses expressions, est censée avoir voulu ce qu'elle a écrit; — Attendu que, par sa lettre du 9 germinal an 11, la maison de Bordeaux a écrit aux cit. Féronce, Crayen et compagnie, qu'elle avait tiré, d'ordre et pour compte de Philippe Couve, de Marseille, la somme de 10,000 francs, en ajoutant qu'elle les priait d'accueillir cette somme, pour s'en entendre avec Couve; et que lesdits cit. Féronce, Crayen et compagnie ont reconnu, par leur réponse du 16 du même mois, que les traites étaient pour le compte dudit Couve, et ont répondu qu'elles recevraient le meilleur accueil de leur part; — Attendu que, puisque les cit. Féronce, Crayen et compagnie, sachant que ces traites étaient pour le compte de Couve, et qu'ils devaient s'en entendre avec lui, lui ont déclaré, sans y insérer aucunes réserves, qu'ils y feraient le meilleur accueil, ils se sont par-là obligés à les acquitter, et à s'entendre avec ledit Couve, parceque faire le meilleur accueil à une Lettre de Change, n'est autre chose que l'acquitter; s'en entendre avec celui pour qui on l'a tirée, c'est en décharger le tireur; et que s'ils n'avaient pas eu cette double intention, ils n'auraient pas dû écrire qu'ils paieraient, ou tout au moins ils auraient dû expliquer qu'ils ne s'en entendraient avec Philippe Couve, que lorsqu'il aurait fait les fonds; — Attendu qu'indépendamment du sens littéral de leur réponse, qui ne permet aucune interprétation contraire à l'engagement de payer, l'assurance qu'ils ont donnée, à cet égard, à la maison de Bordeaux, devant tranquilliser cette dernière sur le sort de ses traites, elle n'a dû prendre, pour s'en procurer l'acquittement, aucune précaution contre Couve, parcequ'ayant accepté le mandat de celui-ci sur Féronce, Crayen et compagnie, elle ne pouvait motiver cette réclamation contre Couve, que par le refus qu'auraient fait Féronce, Crayen et compagnie d'y faire honneur; d'où il suit que les expressions de la lettre de ces derniers, en admettant même, comme il n'en faut pas douter, qu'elles fussent irréfléchies, seraient une surprise, si elles constituaient en perte la maison de Bordeaux, qui a suivi la foi de ce qu'on lui a écrit; — Attendu qu'il n'existe en France aucune loi, qui rende nul un engagement pris par correspondance en pareils termes, et dans un cas pareil; et que lors même qu'elle existerait sur quelques places étrangères où l'on accepte, elle ne serait pas applicable aux places de France qui sont dans l'usage d'accepter, lorsque dans le cas dont il s'agit, le contrat s'est formé entre Français et Français, et encore moins aux Lettres tirées sur Lyon, où l'on n'accepte pas, parceque la correspondance est le seul moyen qu'ait le tireur pour un tiers, de s'assurer que ses traites seront payées; — Attendu enfin que l'intérêt du commerce et la bonne foi sur laquelle il repose, exigent que les engagemens clairement exprimés, pris librement et sans restriction par la correspondance, soient maintenus; et que si l'on pouvait en être relevé dans le cas particulier dont il s'agit, il serait souvent facile qu'un individu prêt à faillir, d'accord avec un tiers, enveloppât dans sa faillite un négociant qui, n'ayant en lui aucune confiance, aurait suivi la foi de ce tiers qui aurait promis de payer pour le failli, dans le dessein de se couvrir lui-même par l'aisance momentanée que la négociation de ces traites pourrait donner à son débiteur ».

Les sieurs Féronce, Crayen et compagnie appellent de ce jugement; et le 5 pluviose an 13, arrêt, par lequel, — « Considérant qu'il ne résulte point de la correspondance entre Albrecht et Delbruck, et Féronce, Crayen et compagnie, que les premiers aient consulté les seconds sur les opérations qu'ils avaient déjà consommées; ni de la réponse de Féronce, Crayen et compagnie, qu'ils eussent contracté aucun engagement avec Albrecht et Delbruck, avec lesquels ils correspondaient pour la première fois; — Considérant que l'ordonnance de 1673 exige impérieusement que l'acceptation d'une Lettre de Change soit pure et simple, et ne puisse être suppléée par aucune autre stipulation; — Considérant que Féronce, Crayen et compagnie n'ont point accepté les traites dont il est question; — La cour (d'appel de Lyon) dit qu'il a été mal jugé..... ».

Recours en cassation de la part des sieurs Albrecht et Delbruck.

« Ce recours (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 11 fructidor an 13), est fondé sur deux moyens : fausse application de l'art. 2 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, et violation des lois qui ordonnent l'exécution des contrats.

» Que l'art. 2 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673 ait été appliqué à faux par la cour d'appel de

Source : BIU Cujas

Lyon ; c'est une vérité qui se sent, pour ainsi dire, d'elle-même. Cet article porte : « Toutes les Lettres de Change seront acceptées par écrit, purement et simplement. Abrogeons l'usage de les accepter verbalement, ou par ces mots, *Vu sans accepter*, ou *accepté pour répondre à temps*, et toutes autres acceptations sous condition, lesquelles passeront pour refus, et pourront les Lettres être protestées ». — Ces dispositions se réduisent, comme l'on voit, à ces deux points : les Lettres de Change ne peuvent être acceptées que par écrit; elles ne peuvent être acceptées que purement et simplement. — Or, d'une part, il est évident que l'écriture n'est requise dans l'acceptation d'une Lettre de Change, que pour fermer la porte à la preuve par témoins ; Pothier en a fait expressément la remarque, dans son *Traité du Contrat de change*, n. 43 ; et il en conclut avec raison, que l'écriture n'est pas de la substance de l'acceptation même. — D'un autre côté, en disant que les Lettres de Change doivent être acceptées purement et simplement, l'ordonnance ne dit pas qu'aucune clause ne pourra remplacer le terme *accepté ;* elle n'entend pas faire du terme *accepté* une expression sacramentelle ; elle veut, et rien de plus, qu'aucune acceptation ne puisse être modifiée par une condition quelconque, ou renvoyée à un autre temps; et ce qui fait bien voir que c'est là son seul objet, c'est qu'elle ne met les mots *purement et simplement*, en opposition qu'avec les mots, *vu sans accepter*, ou *accepté pour répondre à temps, et toutes autres expressions sous condition.*

» Mais de ce que la cour d'appel de Lyon a faussement appliqué cette disposition de l'ordonnance de 1673, il ne s'ensuit pas encore que son arrêt doive être cassé. Elle n'a tiré de cette disposition qu'un motif subsidiaire ; et son motif subsidiaire écarté, il reste encore à savoir si son motif principal ne suffit pas pour justifier son arrêt.

» Son motif principal est, comme vous l'avez vu, divisé en deux branches ; et il consiste à dire, 1° que les sieurs Albrecht et Delbruck n'ont pas consulté la maison Féronce, Crayen et compagnie, avant de tirer sur elle les 10,000 francs que leur devait Philippe Couve ; 2° que par sa réponse aux sieurs Albrecht et Delbruck, la maison Féronce, Crayen et compagnie n'a contracté envers eux aucun engagement.

» On sent d'abord que, dans sa première branche, ce motif est tout-à-fait insignifiant. Les sieurs Albrecht et Delbruck n'avaient pas besoin de consulter la maison Féronce, Crayen et compagnie, avant de tirer sur elle la somme que Philippe Couve leur devait. A la vérité, leurs traites pouvaient devenir illusoires, par la non-acceptation de la maison Féronce, Crayen et compagnie ; mais aussi, elles pouvaient devenir obligatoires pour cette maison, et il suffisait pour cela que cette maison les acceptât. Or, cette maison pouvait très bien les accepter, quoique les sieurs Albrecht et Delbruck ne l'eussent pas prévenue, avant de les tirer. Ce n'est donc pas du point de savoir si les sieurs Albrecht et Delbruck ont ou n'ont pas prévenu cette maison, que dépend le sort de la question à juger ; il ne dépend, il ne peut dépendre que du point de savoir si cette maison, prévenue ou non prévenue, a accepté les traites des sieurs Albrecht et Delbruck.

» Ensuite, comment la cour d'appel de Lyon a-t-elle pu dire que cette maison n'avait contracté aucun engagement envers les sieurs Albrecht et Delbruck, par la réponse qu'elle leur avait faite le 16 germinal an 11 ? comment a-t-elle pu décider que cette réponse n'équivalait pas à une acceptation expresse de leurs traites ?

» En fait de Lettre de Change, il en est de l'*acceptation* comme de *l'aval ;* et l'art. 33 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673 le prouve bien clairement, lorsqu'il dit que les *accepteurs* des Lettres de Change et ceux qui y auront mis leur *aval*, sont obligés solidairement envers les porteurs. — Or, il est généralement reconnu que les avals donnés par des actes séparés des Lettres de Change auxquelles ils se rapportent, ne sont pas moins obligatoires, que les avals donnés sur les Lettres de Change elles-mêmes. C'est d'ailleurs ce qu'atteste Savary dans son quatorzième parère. — On peut donc, par identité de raison, accepter une Lettre de Change par un acte séparé du titre qui la renferme ; et une acceptation ainsi faite, n'oblige pas moins que si elle était consignée au bas de ce titre. — Aucune loi ne dit le contraire, aucune loi n'exige que les acceptations soient écrites au bas des Lettres de Change ; et dans le silence absolu des lois sur cette matière, on ne peut que s'en référer aux principes généraux, qui, pour la formation du lien d'un contrat, n'exigent aucune espèce de forme, et n'ont égard qu'au simple consentement de la partie que ce contrat a pour objet de lier.

» De là une conséquence aussi simple qu'évidente : c'est qu'on peut accepter une traite par une Lettre missive, tout aussi bien que par le mot *accepté*, écrit au bas de la traite même. Qu'est-ce en effet qu'accepter une traite, et sur-tout une traite causée pour le compte d'un tiers ? C'est certainement promettre de payer au lieu et place de ce tiers la somme qui y est exprimée ; c'est certainement se porter fort de ce tiers pour le paiement de cette somme ; c'est certainement se rendre caution de ce tiers. — Eh bien ! a-t-on jamais douté qu'on ne pût cautionner un débiteur par une simple Lettre ? *Titius* (dit la loi 5, §. 3, *de constitutâ pecuniâ*, au Digeste), *epistolam ad me talem emisit :* scripsi me, secundùm mandatum Seii, si quid tibi debitum adprobatum fuerit, me tibi cauturum et soluturum sine controversiâ, *tenetur Titius de constitutâ pecuniâ.* — Et d'ailleurs, toutes les romaines ne s'accordent-elles pas à dire qu'on peut s'obliger par Lettres missives ? On sait que telle est notamment la décision formelle de la loi 31, D. *de negotiis gestis ;* de la loi 62, D. *mandati ;* de la loi 34, D. *de pigne-*

Source : BIU Cujas

ratitiâ actione ; de la loi 7, C. *mandati vel contrà ;* et Mornac, sur cette dernière loi, observe qu'on n'est pas moins lié par une Lettre que par un contrat notarié: *nec minùs quàm si conscriptum à tabellione instrumentum fuisset.*

» Aussi trouvons-nous un grand nombre d'auteurs qui, d'après ce principe, décident qu'on peut accepter une Lettre de Change par une simple missive.

» Ecoutons d'abord Scherer, dans son *Manuel* allemand *du droit de change*, tome 1, article *Acceptation*, §. 6, page 56 : — « Le porteur d'une Lettre de Change peut en demander l'acceptation, ou en personne, ou par écrit. Lorsque, par exemple, il envoie par la poste la Lettre de Change à celui sur qui elle a été tirée, celui-ci peut accepter la Lettre, ou en apposant sa signature au bas, ou en répondant par une Lettre missive au porteur, qu'il accepte la Lettre; et cette seconde espèce d'acceptation produit le même effet que la première ». — Le même écrivain revient encore sur cet objet à la page 58, et il dit : — « Lorsque celui sur lequel a été tirée une Lettre de Change, répond au tireur qu'il acceptera et paiera la Lettre, cette réponse est obligatoire suivant le droit commun ».

» Kœnick, dans ses observations sur l'ordonnance de Leipsick, relative aux Lettres de Change, §. 8, n. 2, après avoir dit qu'*on ne peut pas accepter verbalement une Lettre de Change, et qu'une pareille acceptation ne peut donner lieu à la procédure sommaire qui a lieu contre le débiteur d'une Lettre de Change*, ajoute qu'*à ne considérer que la nature des choses, il est indubitable que l'acceptation par écrit peut, non seulement se faire au bas de la Lettre de Change, mais encore de toute autre manière, par une note, par un billet relatif à la Lettre de Change, et que cette sorte d'acceptation est valable.*

» Püttmann, ancien professeur de l'université de Leipsick, dans *ses Principes du droit en matière de Lettres de Change*, §. 99, nous présente absolument les mêmes maximes : — « Lorsque le porteur (dit-il), et celui sur lequel la Lettre de Change a été tirée, demeurent dans le même endroit, la présentation peut se faire sans aucun embarras ; dans le cas contraire, on peut la demander par un fondé de pouvoir, ou envoyer une copie de la Lettre de Change à celui sur lequel elle a été tirée, et lui demander qu'il mette son acceptation au bas de cette copie, ou qu'il déclare positivement par une Lettre missive s'il veut accepter la Lettre ».

» Telle est aussi la doctrine de Claproth, professeur à Goettingue, dans son *Traité sur la Procédure*, §. *de la Procédure sommaire et exécutoire*, page 185.

» Phoonsen, auteur hollandais, dans son ouvrage intitulé, *Us et Coutumes de la ville d'Amsterdam en matière de Lettres de Change*, ch. 10, §. 10, dit également que *l'acceptation par écrit se fait, ou par des Lettres missives, ou par la signature que l'acceptant met au bas de la Lettre de Change ;* et, §. 11, que *lorsque celui sur lequel a été tirée la Lettre de Change, donne, par correspondance, avis au porteur de la Lettre, qu'il l'accepte et qu'il la paiera, il s'oblige par cela seul de la même manière que s'il eût fait son acceptation en apposant sa signature au bas de la Lettre.*

» Il ne s'agit donc plus que de savoir si, par leur Lettre du 16 germinal an 11, les sieurs Féronce, Crayen et compagnie, ont accepté les traites des sieurs Albrecht et Delbruck.

» Les traites, ont-ils dit, *recevront le meilleur accueil de notre part.* N'est-ce pas comme s'ils eussent dit : *nous ferons honneur à vos traites, nous les acquitterons, lorsqu'elles nous seront présentées ?* Accueillir des traites, c'est faire ce à quoi s'attend la personne qui les envoie; et pourquoi cette personne les envoie-t-elle ? pour être payées, sans doute. Accueillir des traites, payer des traites, sont donc des expressions absolument synonymes.

« La chose est ici d'autant plus sensible, que les sieurs Féronce, Crayen et compagnie n'ont fait, en se servant des mots, *recevront le meilleur accueil de notre part*, que répondre à la Lettre par laquelle les sieurs Albrecht et Delbruck les priaient de *vouloir bien* ACCUEILLIR *leurs traites, pour s'en entendre avec Philippe Couve, de Marseille.* Certainement les sieurs Albrecht et Delbruck entendaient, par ce mot *accueillir*, la même chose que *faire honneur, acquitter.* C'est donc aussi dans ce sens, que les sieurs Féronce, Crayen et compagnie ont entendu les termes, *recevront le meilleur accueil de notre part.* Règle générale, toute réponse est censée conforme à la demande qu'elle a pour objet; et il n'est pas possible de donner aux expressions employées dans l'une, un autre sens qu'aux expressions employées dans l'autre.

» Enfin, point de milieu : ou les sieurs Féronce, Crayen et compagnie, en disant, *vos traites recevront le meilleur accueil de notre part*, ont voulu dire et ont dit réellement, *nous paierons vos traites, nous nous en constituons débiteurs envers vous ;* ou ils ont seulement voulu dire, *nous paierons vos traites, en cas que Philippe Couve en fasse les fonds à l'échéance.* — Or, peut-on sérieusement soutenir que les sieurs Féronce, Crayen et compagnie, ont subordonné leur promesse d'accueillir les traites dont il s'agit, à la condition que les fonds de ces traites seraient faits par Philippe Couve ? S'ils avaient en effet entendu mettre cette condition à leur promesse, aurait-il suffi qu'ils en eussent l'intention secrète ? N'aurait-il pas fallu qu'ils la manifestassent ? Depuis quand une partie qui s'est obligée purement et simplement, est-elle reçue à dire qu'elle ne s'est obligée que sous condition ? Le système des *restrictions mentales* est assurément très commode; mais il n'appartient qu'au casuiste *Escobar* de l'admettre dans la morale; la justice ne le souffrira jamais; elle le repoussera toujours avec indignation.

» Si les sieurs Féronce, Crayen et compagnie avaient, par leur lettre du 15 germinal an 11, res-

Source : BIU Cujas

treint leur promesse de payer les deux traites des sieurs Albrecht et Delbruck, au cas où Philippe Couve en ferait les fonds, qu'eussent fait les sieurs Albrecht et Delbruck ? Ils auraient fait présenter leurs traites aux sieurs Féronce, Crayen et compagnie, non seulement avant leurs échéances, mais même long-temps avant la faillite de Philippe Couve; ils les auraient sommés de les accepter; et, sur leur refus, ils auraient exercé contre Philippe Couve, un recours dont l'effet eût été, ou un paiement effectif du montant de ces traites, ou du moins une condamnation qui eût emporté sur les biens de Philippe Couve une hypothèque utile. — Car l'usage où l'on est à Lyon de ne pas accepter les Lettres de Change avant leur échéance, n'empêche pas qu'on n'y fasse protester les Lettres de Change, faute d'acceptation. Cela est même écrit en toutes lettres dans l'art. 1er du règlement du 2 juin 1667, confirmé par l'art. 7 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673.

» Et pourquoi les sieurs Albrecht et Delbruck n'ont-ils pas pris toutes ces précautions avant la faillite de Philippe Couve ? Uniquement parceque les sieurs Féronce, Crayen et compagnie le leur ont fait regarder comme inutile, par leur promesse de faire le *meilleur accueil* aux deux traites, par leur engagement d'y faire honneur, par leur obligation pure et simple de les acquitter.

» C'est donc par le fait des sieurs Féronce, Crayen et compagnie, que les sieurs Albrecht et Delbruck n'ont pas exercé contre Philippe Couve, des poursuites qui eussent pu les conduire au paiement intégral de leurs traites; les sieurs Féronce, Crayen et compagnie ont donc causé aux sieurs Albrecht et Delbruck un tort réel; ils doivent donc réparer ce tort; ils doivent donc acquitter les traites des sieurs Albrecht et Delbruck; l'arrêt qui a jugé le contraire, doit donc être annullé, comme attentatoire à la foi des contrats, comme violant l'art. 33 et appliquant à faux l'art. 2 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673.

» Et par ces considerations, nous estimons qu'il y a lieu d'admettre la requête des demandeurs ».

Ces conclusions ont été adoptées par arrêt du 11 fructidor an 13, au rapport de M. Target.

Mais l'affaire portée à la section civile, arrêt y est intervenu, le 16 juin 1807, au rapport de M. Brillat-Savarin et contre les conclusions de M. Daniels, par lequel, — « Attendu que les termes contenus dans la lettre des sieurs Féronce et Crayen, *les traites recevront le meilleur accueil de notre part*, ne sont pas tellement clairs qu'ils ne soient susceptibles de l'interprétation que leur a donnée la cour d'appel de Lyon; — Attendu que cette interprétation est sur-tout fondée sur l'usage public où sont les négocians de Lyon de ne pas accepter les Lettres de Change tirées sur eux, ce qui exclut toute idée que les sieurs Albrecht et Delbruck aient pu compter sur une acceptation qui n'était pas faite en termes formels; — Qu'ainsi, il n'y a eu violation, ni de l'ordonnance de 1673, ni des lois qui assurent l'exécution des contrats; — La cour rejette..... »]]

XI. Comment doit-on procéder, lorsqu'il n'y a eu qu'un seul exemplaire d'une Lettre de Change payable à un tel particulier, et que cet exemplaire se trouve adiré ? *V. Adiré.*

[[Voici ce que porte là-dessus le Code de commerce :

« *Art.* 150. En cas de perte d'une Lettre de Change *non acceptée*, celui à qui elle appartient, peut en poursuivre le paiement sur une seconde, troisième, quatrième, etc.

» 151. Si la Lettre de Change perdue est revêtue de l'acceptation, le paiement ne peut en être exigé sur une seconde, troisième, quatrième, etc., que par ordonnance du juge, et en donnant caution.

» 152. Si celui qui a perdu la Lettre de Change, qu'elle soit acceptée ou non, ne peut représenter la seconde, troisième, quatrième, etc., il peut demander le paiement de la Lettre de Change perdue, et l'obtenir par l'ordonnance du juge, en justifiant de sa propriété par ses livres, et en donnant caution.

» 153. En cas de refus de paiement sur la demande formée en vertu des deux articles précédens, le propriétaire de la Lettre de Change perdue conserve tous ses droits par un acte de protestation. — Cet acte doit être fait le lendemain de l'échéance de la Lettre de Change perdue. — Il doit être notifié aux tireurs et endosseurs, dans les formes et délais prescrits ci-après, pour la notification du protêt.

» 154. Le propriétaire de la Lettre de Change égarée, doit, pour s'en procurer la seconde, s'adresser à son endosseur immédiat, qui est tenu de lui prêter son nom et ses soins pour agir envers son propre endosseur; et ainsi en remontant d'endosseur en endosseur jusqu'au tireur de la Lettre. Le propriétaire de la Lettre de Change égarée supportera les frais.

» 155. L'engagement de la caution, mentionné dans les art. 151 et 152, est éteint après trois ans, si, pendant ce temps, il n'y a eu ni demandes ni poursuites juridiques ».

XII. Celui qui n'a ni créé, ni endossé, ni accepté une Lettre de Change, peut-il, sous le prétexte qu'il en doit le montant au tireur, être assigné en garantie du paiement de cette Lettre de Change, devant le juge domiciliaire de celui-ci ? Non. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, article *Lettres de Change*, §. 4.]]

XIII. Les signatures au dos des Lettres de Change ne servent que d'endossement et non d'ordre, s'il n'est daté et ne contient le nom de celui qui a payé la valeur en argent, marchandise, ou autrement.

Les Lettres de Change endossées dans la forme qui vient d'être dite, appartiennent à celui du nom duquel l'ordre est rempli, sans qu'il ait besoin de transport ni signification. *V. Endossement.*

Source : BIU Cujas

Il est défendu d'antidater les ordres, à peine de faux.

XIV. Ceux qui ont mis leur aval sur des Lettres de Change, sur des promesses d'en fournir, sur des ordres ou des acceptations, sur des billets de Change ou autres actes de pareille qualité concernant le commerce, sont tenus solidairement avec les tireurs, endosseurs et accepteurs, quoiqu'il n'en soit pas fait mention dans l'aval. *V. Aval.*

[[Le Code de commerce s'explique là-dessus en ces termes :

« *Art.* 141. Le paiement d'une Lettre de Change, indépendamment de l'acceptation et de l'endossement, peut être garanti par un aval.

» 142. Cette garantie est fournie par un tiers, sur la Lettre même ou par acte séparé. — Le donneur d'aval est tenu solidairement et par les mêmes voies que les tireurs et endosseurs, sauf les conventions différentes des parties ».]]

XV. Une Lettre de Change tirée par le supérieur d'une maison religieuse sur son supérieur général, oblige-t-elle la maison ? L'affirmative a été décidé au parlement de Metz le 27 avril 1779, dans l'espèce suivante.

Le frère Nazaire, supérieur des frères de la Doctrine chrétienne à Sedan, tira en novembre 1768, sur son supérieur général à Rouen, une Lettre de Change de 777 liv. payable à vue, à l'ordre du sieur Beuvière, apothicaire à Charleville, *pour valeur reçue*. Cette Lettre passa successivement au sieur Faure, marchand droguiste à Paris, au sieur François Famin, et au sieur Noël Famin, négocians à Rouen. Ce dernier la fit présenter au supérieur général qui refusa de l'acquitter ; elle fut protestée et renvoyée au sieur Faure, qui obtint sentence contre Beuvière au mois de juillet 1769 : Beuvière avait fait faillite, et Faure ne fut payé que d'une partie de sa créance. Il se pourvut au mois de juin 1772, contre les frères de la Doctrine de Sedan, qui lui répondirent, 1° qu'ayant attendu si longtemps pour les poursuivre, il était à présumer qu'il ne lui était rien dû ; 2° que la Lettre de Change était nulle, parcequ'elle n'exprimait point si la valeur avait été fournie en argent, en effets, ou en marchandises ; 3° que l'endossement signé *Beuvière* était pareillement nul, faute d'avoir été daté ; 4° que le frère Nazaire n'avait pas eu le pouvoir d'engager sa maison, en tirant une Lettre de Change dont la valeur n'avait point tourné à son profit ; 5° enfin, que cette négociation avait pour principe une manœuvre concertée entre Beuvière et le frère Nazaire, dans la vue de procurer à ce dernier l'argent dont il avait besoin, pour se retirer en pays étranger : ce qui était justifié, non seulement par une lettre de Beuvière au frère Nazaire, mais encore par le fait même de l'évasion de ce supérieur. — Ces exceptions furent accueillies par les consuls de Sedan, qui déclarèrent le sieur Faure non recevable et mal fondé dans sa demande. — Sur l'appel de cette sentence au parlement de Metz, Faure mit en cause le frère général, comme garant des faits d'un supérieur local, qui ne pouvait être, et n'était effectivement que son mandataire. En supposant un concert de fraude entre le frère Nazaire et Beuvière, il soutenait que, n'ayant aucune part à cette fraude, il serait injuste qu'il en souffrît. Beuvière, disait le sieur Faure, me devait 777 liv. pour le prix de drogues que je lui avais fournies ; il me proposa l'effet du frère Nazaire, supérieur de maison. Il tirait à vue sur son général, et il s'agissait d'une somme médiocre ; je ne pouvois pas avoir de soupçons ; j'acceptai la Lettre de Change : tout autre aurait eu la même confiance. Où en serait-on, s'il fallait, avant de prendre un effet de commerce, vérifier la légitimité de la dette du tireur ? — Quant à la circonstance que la maison n'a point profité des 777 liv., Faure soutenait qu'elle lui était très indifférente. Les religieux, disait-il, n'ont point la faculté de s'engager individuellement, mais leur maison jouit de tous les droits attachés à l'existence civile ; et dans l'ordre de la Doctrine chrétienne, la plénitude des droits qui appartient ailleurs au chapitre assemblé, réside toute entière dans le supérieur local, qui ne doit de compte qu'à son général. Il observait encore que les jésuites même, contre lesquels on s'était tant élevé, ne poussèrent jamais l'injustice jusqu'à prétendre que la mission de la Martinique ne fût pas responsable des emprunts qu'avait faits le père de La Valette. Je ne suis, si l'on veut, ajoutait le sieur Faure, que le mandataire de Beuvière, au moyen de ce que son ordre n'est point daté ; et pourquoi Beuvière ne m'a-t-il donné qu'un mandat ? Parceque nous étions en compte ouvert, et qu'il était juste que je lui fisse raison, sur ce qu'il me devait, de la somme que j'aurais reçue pour lui. Ma qualité de créancier de Beuvière n'en est pas moins établie par mes livres et par la sentence que j'ai obtenue au mois de janvier 1769. S'il se présentait pour réclamer la Lettre de Change qu'il m'a confiée, certainement il succomberait ; ainsi l'exception qu'il ne pourrait pas employer contre moi, ses créanciers ne seraient pas fondés à me l'opposer ; et les frères de la Doctrine peuvent bien moins s'en prévaloir, eux qui ne sont pas les créanciers de Beuvière, ou qui jusqu'à présent n'ont pas produit de titres contre lui. — A l'égard de l'objection résultante des termes généraux dans lesquels la valeur est exprimée, mes adversaires en abusent, disait le sieur Faure, ils ne doivent pas dire que la Lettre de Change est nulle par cette raison, puisque l'ordonnance ne le dit pas ; mais ils peuvent seulement soutenir que la Lettre de Change ne vaut que comme un engagement ordinaire. — Enfin, disait encore le sieur Faure, il est inouï qu'on se prévaille contre moi de la condescendance que j'ai marquée, en ne poursuivant pas plutôt les intimés : si j'ai montré de la patience, elle ne peut nuire à mes droits ; car, ou il s'agit d'un engagement à l'ordinaire, ou il est question d'une véritable Lettre de Change : dans le premier cas, j'avais trente ans pour me pourvoir ;

Source : BIU Cujas

au second cas, j'en avais cinq; et je ne pourrais perdre aujourd'hui cet avantage, qu'autant qu'on me justifierait qu'à l'époque de l'échéance, le supérieur général avait provision suffisante pour acquitter la Lettre de Change : preuve qui me fournirait un moyen décisif contre l'objection la plus spécieuse qui m'ait été faite par les frères de la Doctrine. — L'arrêt cité, jugeant ces moyens valables, a infirmé la sentence, et condamné la maison de Sedan à payer au sieur Faure la somme de 777 liv., à la déduction de ce qu'il avait reçu, aux intérêts et aux dépens.

XVI. En cas de protêt d'une Lettre de Change, elle peut être acquittée par tout autre que celui sur qui elle a été tirée; et au moyen du paiement il demeure subrogé à tous les droits du porteur de la Lettre, quoiqu'il n'en ait point de transport, subrogation ni ordre. [[*V. Intervention à Protêt.*]]

XVII. Les porteurs de Lettres de Change qui ont été acceptées, ou dont le paiement échet à jour certain, sont tenus, suivant l'ordonnance de 1673, de les faire payer ou protester dans dix jours après celui de l'échéance; mais la déclaration du 10 mai 1686 a réglé que les dix jours accordés pour le protêt des Lettres et Billets de Change ne devaient être comptés que du lendemain de l'échéance des Lettres et Billets, sans que le jour de l'échéance y pût être compris. — [[Mais *V. Protêt.*]]

XVIII La ville de Lyon a, sur cette matière, un règlement particulier, du 2 juin 1667, que l'art. 7 du tit. 5 de l'ordonnance du commerce a confirmé. En voici les dispositions :

« *Art.* 1. L'ouverture de chaque paiement se fera le premier jour non férié du mois de chacun des quatre paiemens de l'année, sur les deux heures de relevée, par une assemblée des principaux négocians de ladite place, tant Français qu'étrangers, en présence de M. le prévôt des marchands ou en son absence, du plus ancien échevin, qui seront priés de s'y trouver. En laquelle assemblée commenceront les acceptations des Lettres de Change, payables en icelui, et continueront incessamment, à mesure que lesdites Lettres seront présentées, jusqu'au sixième jour dudit mois inclusivement, après lequel, et icelui passé, les porteurs desdites Lettres pourront faire protester, faute d'acceptation, pendant tout le courant du mois, et ensuite les renvoyer pour en tirer le remboursement, avec les frais du retour.

» 2. Pour faire les comptes, et établir le prix des changes de ladite place de Lyon avec les étrangers, il sera fait pareille assemblée le troisième jour de chacun desdits mois, non férié, aussi en présence de M. le prévôt des marchands ou du plus ancien échevin.

» 3. Les acceptations desdites Lettres de Change se feront par écrit, datées et signées par ceux sur qui elles auront été tirées, ou par personnes duement fondées de procuration, dont la minute demeurera chez le notaire. Et toutes celles qui seront faites par facteurs, commis et autres non fondés de procuration, seront nulles et de nul effet contre celui sur qui elles auront été tirées, sauf le recours contre l'acceptant.

» 4. L'entrée et ouverture du bilan et virement de parties commencera le sixième de chaque mois desdits quatre paiemens, non férié, et continuera jusques au dernier jour desdits mois inclusivement, après lesquels, icelui passé, il ne se fera aucun virement ni écriture, à peine de nullité.

» 5. L'on entrera pendant lesdits quatre paiemens en la loge du change, le matin à dix heures, pour en sortir précisément à onze heures et demie, passé laquelle heure, ne se feront aucunes écritures ni viremens de parties; et pour avertir de ladite heure, on sonnera une cloche.

» 6. Ceux qui, en leurs achats de marchandises, auront réservé la faculté de faire escompte, si bon leur semble, seront tenus de l'offrir dès le sixième jour du mois de chacun desdits paiemens, après lequel et icelui passé, il ne seront plus reçus.

» 7. Toutes parties virées seront écrites sur le bilan, par les propriétaires, ou par leurs facteurs, ou agens, qui en seront les porteurs, sans qu'ils puissent être désavoués par lesdits propriétaires; et seront lesdites écritures aussi bonnes et valables que si elles avaient été par eux-mêmes écrites et virées.

» 8. Tous viremens de parties seront faits en présence de tous ceux qu'on y fait entrer, ou des porteurs de leurs bilans, à peine d'en répondre par ceux qui auront fait écrire pour les absens, et ce sur les bilans, et non en feuilles volantes; et à l'égard des autres personnes de la ville, qui ne portent point de bilan, ils donneront leurs ordres à leurs débiteurs par billets, qui leur serviront de décharge du paiement qu'ils feront des parties, au désir de leurs créanciers; et pour ceux de dehors, pour lesquels les courtiers disposent les parties, ils donneront auxdits courtiers pouvoir suffisant, qui sera remis chez un notaire, pour la sûreté de ceux qui paieront, et pour y avoir recours en cas de besoin.

» 9. Les Lettres de Change acceptées, et payables en paiement, qui n'auront été payées du tout ou en partie, pendant icelui et jusques au dernier jour du mois inclusivement, seront protestées dans les trois jours suivans, non feriés, sans préjudice de l'acceptation; et lesdites Lettres, ensemble les protêts envoyés dans un temps suffisant, pour pouvoir être signifiés à tous ceux et par qui il appartiendra; savoir, pour toutes les Lettres qui auront été tirées au-dedans du royaume, dans deux mois; pour celles qui auront été tirées d'Italie, Suisse, Allemagne, Hollande, Flandre et Angleterre, dans trois mois; et pour celles d'Espagne, Portugal, Pologne, Suède et Danemarck, dans six mois, du jour et date des protêts, le tout à peine d'en répondre par le porteur desdites Lettres.

» 10. Toute Lettre de Change payable èsdits paiemens, sera censée payée, savoir, à l'égard des domiciliés, porteurs de bilan sur la place du change

Source : BIU Cujas

de ladite ville, dans un an; et pour les autres, dans trois ans après l'échéance d'icelle; et n'en pourra le paiement être répété contre l'acceptant, si l'on ne justifie de diligences valables contre lui faites dans ledit temps.

» 11. Si les étrangers remettent en comptant, ou en Lettres de Change, après le dernier jour du mois, on ne sera obligé de les recevoir en l'acquittement de leurs traites faites durant ledit paiement.

» 12. Lorsqu'il arrivera une faillite dans ladite ville, les créanciers des faillis, qui se trouveront être de certaines provinces du royaume, ou des pays étrangers, dans lesquels, sous prétexte de saisie et transport, et en vertu de leurs prétendus privilèges ou coutumes, ils s'attribuent une préférence sur les effets de leurs débiteurs faillis, préjudiciable aux autres créanciers absens et éloignés, ils y seront traités de la même manière, et n'entreront en répartement des effets dudit failli, qu'après que les autres auront été entièrement satisfaits, sans que cette pratique puisse avoir lieu pour les autres régnicoles ou étrangers, lesquels étant connus pour légitimes créanciers, seront admis audit répartement de bonne foi et avec équité, suivant l'usage ordinaire de ladite ville, et de la juridiction de la conservation des privilèges de ses foires.

» 13. Toutes cessions et transports sur les effets des faillis seront nuls, s'ils ne sont faits dix jours, au moins, avant la faillite publiquement connue. Ne seront néanmoins compris en cet article les viremens des parties faits en bilan, lesquels seront bons et valables, tant que le failli ou son facteur portera son bilan.

» 14. Les teinturiers et autres manufacturiers n'auront privilèges pour les dettes, sur les effets et biens des faillis, que des deux dernières années; et pour le surplus, entreront dans la distribution qui en sera faite au sou la livre, avec les autres créanciers.

» 15. S'il arrive qu'un mandataire de diverses Lettres de Change acceptées, aussi créancier de l'acceptant, ne reçoive qu'une partie de la somme totale, et fasse, dans le temps dû, le protêt du surplus, la compensation légitime de sa dette étant faite, il sera obligé de répartir le restant à tous ceux qui lui auront fait lesdites remises, au sou la livre, et à proportion de la somme dont un chacun des remettans sera créancier.

» 16. Tous ceux qui seront porteurs de procuration générale pour recevoir le paiement des promesses et Lettres de Change, remettront les originaux de leur procuration ès mains d'un notaire; et seront lesdits porteurs de procuration obligés d'en fournir des expéditions à leurs frais, à ceux qui paieront les susdites Lettres.

» 17. Toute procuration pour recevoir paiement de Lettres de Change, promesses, obligations et autres dettes, n'aura plus de force passé une année, si ce n'est que le temps qu'elle devra durer, soit précisément exprimé; auquel cas, elle servira pour tout le temps qui sera énoncé en icelle, s'il n'apparaît d'une révocation.

» 18. Les faillis et banqueroutiers ne pourront entrer en la loge du change, ni écrire et virer parties, si ce n'est après qu'ils auront entièrement payé leurs créanciers, et qu'ils en auront fait apparoir. Et pour donner moyen auxdits faillis de payer leurs créanciers des effets qu'ils auront à recevoir, ils le pourront faire par transports, procurations ou ordres, à telles personnes qu'ils aviseront, lesquels paieront à leur acquit ce qu'ils ordonneront, et seront nommés pour eux aux parties qui seront passées en écritures.

» 19. Les courtiers ou agens de banque et marchandises de ladite ville seront nommés par lesdits prévôt des marchands et échevins, entre les mains desquels ils prêteront le serment en la manière accoutumée, en justifiant par des attestations des principaux négocians, en bonne et due forme, de leur vie et mœurs et capacité au fait et exercice de ladite charge; et seront lesdits courtiers réduits à un certain nombre, et tel qu'il sera jugé convenable par lesdits sieurs prévôt des marchands et échevins, sur l'avis desdits négocians.

» 20. Tous banquiers, porteurs de bilan, et marchands en gros, négociant sous les privilèges des foires de Lyon, seront obligés de tenir leurs livres de raison en bonne et due forme; et tous marchands boutiquiers et vendant en détail, des livres journaux; autrement, en cas de déroute, seront déclarés banqueroutiers frauduleux, et comme tels, condamnés aux peines qu'ils devront encourir en ladite qualité.

» 21. Très expresses inhibitions et défenses seront faites à toutes personnes, de quelque qualité et condition qu'elles soient, de contrevenir à ce que dessus directement ou indirectement, à peine de 3,000 liv. d'amende contre chaque contrevenant, applicables, savoir, le quart à l'Hôtel-Dieu du pont du Rhône, le quart à l'aumône générale, le quart au dénonciateur, et le quart à la réparation de la loge des changes; pour le paiement de laquelle ils seront contraints par corps, saisie et vente de leurs biens; et pour plus exacte observation des présentes, sera permis à l'un desdits contrevenans de dénoncer les autres contrevenans avec lui; auquel cas il sera déchargé, pour la première fois, de payer ladite peine, et aura son droit de dénonciation ».

[[Ce règlement est abrogé, à compter du 1er janvier 1808, par l'art. 2 de la loi du 15 septembre 1807, qui termine le Code de commerce.]]

XIX. Après le protêt, celui qui a accepté la Lettre, peut être poursuivi à la requête de celui qui en est le porteur.

Les porteurs peuvent aussi, par la permission du juge, saisir les effets de ceux qui ont tiré ou endossé les Lettres, quoiqu'elles aient été acceptées, même les effets de ceux sur lesquels elles ont été tirées, en cas qu'ils les aient acceptées. — [[Code de commerce, art. 172.]]

Source : BIU Cujas

XX. Ceux qui ont tiré ou endossé des Lettres doivent être poursuivis en garantie dans des délais déterminés par la loi. *V. Endossement*, n. 5; *Protêt* et *Provision*.

XXI. Au bout de trois ans, les cautions sont déchargées lorsqu'il n'y a point de poursuites.

[[Telle était la disposition de l'art. 20 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673. — J'ai prouvé dans mon *Recueil de Questions de droit*, article *Aval*, qu'elle devait être restreinte aux cautions données pour l'événement des Lettres de Change adirées; et l'art. 156 du Code de commerce le règle ainsi expressément.]]

Les Lettres ou Billets de Change sont réputés acquittés après cinq ans de cessation de demande et poursuite, à compter du lendemain de l'échéance ou du protêt, ou dernière poursuite, en affirmant néanmoins par ceux que l'on prétend en être débiteurs, qu'ils ne sont plus redevables.

Les deux fins de non recevoir dont on vient de parler, ont lieu même contre les mineurs et les absens.

[Cela est ainsi réglé par les art. 21 et 22 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673.

Voici une espèce qui s'est présentée sur l'interprétation de ces textes.

Le 14 février 1715, le sieur Marquet a tiré de Bordeaux, sur le sieur Wiebbeking, banquier à Paris, une Lettre de Change de 2,000 liv. payable le 15 mai suivant. — A l'échéance de cette Lettre, le sieur Wiebbeking qui l'avait acceptée, n'a pas voulu la payer. Le 25 mai 1715, elle a été protestée sur lui faute de paiement. Il a répondu au protêt qu'on ne lui avait point fourni de fonds pour payer. — Depuis ce protêt jusqu'en 1723, il n'y a point eu de poursuite en justice. — Le 15 juillet 1721, le sieur de La Mothe, porteur de la Lettre, l'a endossée au profit du sieur de La Chataigneraye. — Le 9 novembre 1723, le sieur de La Chataigneraye a fait assigner aux consuls le sieur Wiebbeking.

Le sieur Wiebbeking a prétendu devant les consuls, que la Lettre était prescrite par le défaut de poursuites dans les cinq ans du jour du protêt, suivant l'art. 21 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673; que son tireur ne lui avait jamais envoyé de fonds, qu'il n'en avait point encore; qu'au contraire il avait fait avec lui un compte, dans lequel il lui avait compté de cette Lettre. — Le 19 novembre 1723, sentence qui continue la cause, et cependant ordonne que le sieur Wiebbeking justifiera par un compte en bonne forme, qu'il a compté de cette Lettre au tireur; et que le mémoire en forme de compte, qu'il a représenté, sera paraphé. — Le 5 janvier 1724, sentence définitive qui reçoit l'affirmation du sieur Wiebbeking qu'il n'a aucun fonds, soit par nantissement, soit autrement, pour acquitter la Lettre de Change; en conséquence, déboute le sieur de La Chataigneraye de sa demande, avec dépens. — Sur l'appel de ces deux sentences, on a proposé de la part du sieur Wiebbeking les mêmes moyens, le défaut de fonds, le compte qu'il avait fait avec son tireur, la prescription faute de poursuites dans les cinq ans, prescription établie par l'art. 21 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, en faveur des commerçans, et afin qu'ils ne fussent pas perpétuellement exposés aux poursuites que l'on pouvait faire contre eux. — On a soutenu, au contraire, de la part du sieur de La Chataigneraye, — 1° Que le sieur Wiebbeking ayant accepté la Lettre de Change en question, purement et simplement, en était devenu le débiteur principal et personnel, soit qu'il eût des fonds au tireur lors de son acceptation, soit qu'il n'en eût point, soit que le tireur en eût envoyé ou non dans la suite; qu'il avait été par conséquent valablement poursuivi; — 2° Qu'étant devenu débiteur personnel par son acceptation, il n'avait pas pu, en prenant des arrangemens avec son tireur, qui était lui-même son codébiteur, et en lui reportant cette Lettre par le compte qu'il avait fait avec lui dès 1715, se dégager de l'obligation que son acceptation lui avait imposée envers le porteur, qui était seul le créancier de la Lettre; — 3° Qu'il était vrai que l'art. 21 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, répute les Lettres de Change acquittées après cinq ans de cessation de demande et de poursuites; mais que le même article ajoute qu'en ce cas les prétendus débiteurs seront tenus d'affirmer, s'ils en sont requis, qu'ils ne sont plus redevables, et leurs veuves, héritiers ou ayans-cause, qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû; — Que cette affirmation est inséparable de la prescription introduite par l'ordonnance; que, dans le fait, le sieur Wiebbeking n'avait point affirmé qu'il ne fût plus redevable, mais seulement qu'il n'avait point de fonds par nantissement, ou autrement pour acquitter cette Lettre, et qu'il n'avait jamais eu rien du tireur pour le faire; ce qui était bien différent, puisque c'était supposer contre tous les principes, qu'un accepteur peut se libérer de l'obligation personnelle que son acceptation lui impose envers le porteur, en disant qu'il n'a jamais eu de fonds, au lieu que l'ordonnance, en ne réputant les Lettres de Change acquittées après cinq ans de cessation de poursuites, qu'en affirmant qu'on n'est plus redevable, et de la part des veuves, héritiers ou ayans-cause, qu'on estime de bonne foi qu'il n'est plus rien dû, veut qu'on affirme qu'on a payé, du moins que la Lettre de Change a été acquittée par un paiement réel, par compensation ou autrement. — M. d'Aguesseau, avocat général, a dit que l'ordonnance avait eu en vue de concilier deux choses également essentielles au commerce, la célérité des paiemens et la bonne foi dans les paiemens; que le premier objet avait fait introduire la prescription de cinq années, et que le second avait porté à n'établir cette prescription qu'en affirmant par les débiteurs qu'ils ne sont plus redevables; que la question ne consistait qu'à savoir si l'affirmation que l'accepteur avait faite, était conforme à celle qu'exige l'ordonnance; que l'accepteur, dans le moment de l'acceptation,

Source : BIU Cujas

contracte deux obligations : l'une envers le tireur dont il se rend caution, et l'autre envers le porteur dont il devient débiteur ; que cette dernière obligation est personnelle, subsiste indépendamment de la remise des fonds, et ne s'éteint pas par ce qui se passe entre l'accepteur et le tireur, et qu'on l'a ainsi jugé ; que cela étant, l'accepteur qui affirme qu'il n'a point de fonds, et qu'il a compté avec le tireur, n'affirme point qu'il n'est plus redevable, mais au contraire qu'il est encore redevable, puisqu'il semble convenir par cette déclaration que la Lettre est encore due ; qu'il y aurait plus de difficulté si le compte avait été fait après les cinq années révolues, mais qu'il avait été fait dès 1715, et dans le temps où la Lettre n'était pas constamment prescrite ; en un mot, que l'accepteur ne pouvait se servir de la prescription qu'en affirmant, et qu'il n'affirmait pas qu'il ne fût plus redevable aux termes de l'ordonnance. — Sur ces moyens, et conformément à ses conclusions, il est intervenu, le 6 juin 1725, arrêt qui, en infirmant les sentences des consuls, a condamné le sieur Wiebbeking au paiement de la Lettre de Change, et des intérêts du jour du protêt.]

[[La disposition de l'art. 21 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, est renouvelée en ces termes par le Code de commerce, art. 189 : — « Toutes actions relatives aux Lettres de Change, et à ceux des billets à ordre, souscrits par des négocians, marchands ou banquiers, ou pour faits de commerce, se prescrivent par cinq ans, à compter du jour du protêt, ou de la dernière poursuite juridique, s'il n'y a eu condamnation, ou si la dette n'a été reconnue par acte séparé. — Néanmoins, les prétendus débiteurs seront tenus, s'ils en sont requis, d'affirmer, sous serment, qu'ils ne sont plus redevables ; et leurs veuves, héritiers ou ayant-cause, qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû ».

XXII. Lorsqu'après cinq ans, le débiteur d'une Lettre de Change reconnaît, même par une simple Lettre missive, qu'elle n'est pas acquittée, la prescription est-elle couverte ? Oui. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, article *Lettre de Change*. §. 5.

XXIII. J'ai établi au même article, §. 6, qu'un associé qui a accepté une Lettre de Change tirée sur lui pour les affaires de la société, par son associé, lequel s'en trouve encore porteur au moment de la dissolution de la société même, peut en refuser le paiement, jusqu'à ce que, par le résultat du compte à rendre, il soit constaté lequel des deux associés doit à l'autre.

XXIV. Remarquez au surplus que tant que le Code de commerce n'a pas été en activité, la ci-devant province d'Artois a eu, sur ce point, une jurisprudence tout-à-fait particulière. Comme l'ordonnance de 1673 n'y avait été ni enregistrée ni publiée, et que, d'un autre côté, l'art. 73 de la coutume rejetait toute prescription moindre de vingt ans, on pouvait « y demander le paiement d'une Lettre de Change après cinq ans » ; ce sont les termes de Maillard, sur la coutume d'Artois, art. 73, n. 18 ; et il cite à l'appui de son assertion, un arrêt du 23 août 1694, confirmatif d'une sentence du conseil provincial d'Artois, du 25 octobre 1692.

XXV. Comment et à quelles époques les Lettres de Change doivent-elles être payées ? quels sont les effets du paiement qui en est fait ? — A ces questions, le Code de commerce répond ce qui suit :

« *Art.* 143. Une Lettre de Change doit être payée dans la monnaie qu'elle indique (1).

» 144. Celui qui paie une Lettre de Change avant son échéance, est responsable de la validité du paiement.

» 145. Celui qui paie une Lettre de Change à son échéance et sans opposition, est présumé valablement libéré (2).

---

(1) *V.* l'arrêt de la cour de cassation du 26 germinal an 13, rapporté à l'article *Monnaie*, §. 5.

(2) On a vu au mot *Faux*, sect. 1, §. 5 (tome 5, page 135), que le parlement de Paris avait jugé le contraire en 1756. Voici au surplus comment s'est expliqué sur cet article, M. Bégouen, conseiller d'état, dans l'*exposé des motifs* qu'il a présentés, au nom du gouvernement, à la séance du corps législatif, du 2 septembre 1807 :

« L'art. 145 du projet présente une disposition essentielle sur un point que l'ordonnance de 1673 avait laissé dans le droit commun, et sur lequel la jurisprudence des tribunaux avait extrêmement varié. — Il a paru nécessaire que le législateur se prononçât.

» Cet article décide que celui qui paie une Lettre de Change à son échéance et sans opposition, sera *présumé* valablement libéré.

» Plusieurs arrêts des cours avaient jugé diversement. Des jurisconsultes célèbres étaient partagés d'opinions. — Pothier, Jousse et autres, qui se sont attachés au principe, que nul ne peut transporter à autrui plus de droits qu'il n'en a, ont soutenu que le paiement n'est pas valable, s'il n'est fait au véritable créancier ; que celui qui payait sur un faux acquit ou sur un faux ordre, n'était pas libéré envers le vrai propriétaire de la Lettre.

» Mais ces principes, ces règles de droit, dont il ne peut être permis de s'écarter dans les affaires civiles ordinaires, sont-ils ici applicables ?

» La Lettre de Change, cette espèce de monnaie, frappée au coin du commerce, lancée dans la circulation générale, qui parcourt avec une si grande rapidité tant de villes et de pays, qui devient en si peu de temps la propriété d'un si grand nombre de personnes dont les noms et les signatures sont inconnus de celui qui doit la payer à l'échéance, au jour, à l'instant même où elle lui sera présentée, peut-elle être assujettie à ces mêmes règles ?

» Pour que l'application des principes fût entière, il ne suffirait pas d'exiger la vérité de l'acquit ou du dernier ordre ; il faudrait encore exiger celle de tous les endossemens, en remontant d'ordre en ordre jusqu'au premier endosseur.

» Ce système, érigé en loi positive, rendrait presque impossible le paiement des Lettres de Change, et détruirait leur circulation.

» Cependant, comme on ne peut méconnaître qu'une disposition qui déclarerait sans restriction, valablement libéré celui qui paye une Lettre de Change à son échéance sans opposition, présenterait aussi des inconvéniens ; qu'elle semblerait affranchir le payeur de toute précaution, de toute prudence ; qu'elle assimilerait en quelque

Source : BIU Cujas

» 146. Le porteur d'une Lettre de Change ne peut être contraint d'en recevoir le paiement avant l'échéance.

» 147. Le paiement d'une Lettre de Change fait sur une seconde, troisième, quatrième, etc., est valable, lorsque la seconde, troisième, quatrième, etc., porte que ce paiement annulle l'effet des autres.

» 148. Celui qui paie une Lettre de Change sur une seconde, troisième, quatrième, etc., sans retirer celle sur laquelle se trouve son acceptation, n'opère point sa libération à l'égard du tiers porteur de son acceptation.

» 149. Il n'est admis d'opposition au paiement qu'en cas de perte de la Lettre de Change, ou de la faillite du porteur.

» 150. Les paiemens faits à compte sur le montant d'une Lettre de Change, sont à la décharge de tireurs et endosseurs. — Le porteur est tenu de faire protester la Lettre de Change pour le surplus.

» 157. Les juges ne peuvent accorder aucun délai pour le paiement d'une Lettre de Change ». — *V. Délai*, sect. 3, n. 2, et *Intervention à protêt.*]]

§. V. *Des dommages et intérêts résultans du défaut de paiement d'une Lettre de Change.*

I. Par le contrat de change le tireur contracte l'obligation de payer des dommages et intérêts à celui qui a donné la valeur de la Lettre de Change, s'il arrive que cette Lettre ne soit pas acquittée à l'échéance. Mais ces dommages et intérêts ne doivent point être portés au-delà de ce qu'a réglé l'ordonnance du commerce.

Suivant cette loi, le tireur qui a fourni la Lettre de Change non acquittée, doit, — 1° rembourser la somme principale portée par la Lettre de Change, ainsi que ce qu'il a pu recevoir pour droit de change. — 2° Il est tenu des intérêts de ces deux sommes, à compter du jour du protêt. — 3° Il est pareillement tenu des frais occasionnés par le défaut de paiement de la Lettre de Change. — 4° Il doit aussi payer les frais du voyage que le propriétaire de la Lettre fournie a fait au lieu où elle devait être acquittée. Mais suivant l'art. 4 du tit. 6, ces frais ne sont exigibles qu'après que le propriétaire de la Lettre a affirmé en justice qu'il a fait le voyage pour recevoir son paiement, et qu'il ne l'eût pas fait s'il eût su que la Lettre ne dût pas être payée. Et suivant l'art. 7 du même titre, les intérêts des frais de poursuite et de voyage ne sont dus que du jour de la demande. — 5° Le tireur de la Lettre doit quelquefois rembourser le *rechange* à celui qui a donné la valeur.

Pour entendre ce que c'est que ce *rechange*, il faut savoir que le porteur de la Lettre peut, en cas de non paiement, et après avoir fait son protêt, prendre d'un banquier de la ville une somme d'argent pareille à celle qui devait lui être payée, et donner en conséquence à ce banquier une Lettre de Change de cette somme tirée à vue, soit sur le premier tireur, soit sur quelqu'autre personne.

Si, pour avoir cet argent en échange de la Lettre donnée au banquier, le porteur de la Lettre protestée lui a payé un droit de change, parceque l'argent gagnait alors sur les lettres; ce droit de change est ce qu'on appelle *le rechange*.

Mais pour être remboursé de ce rechange, le propriétaire de la Lettre protestée est tenu de justifier par des pièces valables, qu'il a pris de l'argent dans le lieu où cette Lettre devait être payée. C'est ce qui résulte de l'art. 4 du tit. 6. — Il en est des intérêts du rechange comme de ceux des frais de poursuite et de voyage: ils ne sont dus que du jour de la demande.

Il faut observer que la Lettre de Change donnée au banquier, doit être tirée sur le lieu où s'est faite la remise de la Lettre protestée: si le porteur de celle-ci tirait l'autre sur un lieu plus éloigné, et qu'en conséquence il payât un rechange plus considérable que n'eût été celui qu'on aurait demandé si la Lettre eût été tirée sur le lieu où s'est faite la remise de la Lettre protestée, il ne pourrait répéter au tireur de celle-ci, le remboursement de ce rechange, que jusqu'à concurrence de ce qu'il aurait coûté, si la Lettre eût été tirée sur le lieu où s'est faite la remise de la Lettre protestée. C'est ce qui résulte de l'art. 5.

Il suit de cette décision que, si une Lettre de Change revenue à protêt, a été négociée dans plusieurs villes de France, et même hors de France; qu'ayant, par exemple, été tirée de Paris sur Bordeaux, elle ait été négociée à Marseille, à Rouen, à Londres, etc., le tireur ne sera néanmoins tenu de payer que le rechange de Bordeaux à Paris. Quant aux changes et rechanges dus pour les négociations faites dans les autres villes, ils seront, suivant le même art. 5, à la charge des donneurs d'ordres, chacun en droit soi pour les ordres qu'ils ont donnés. C'est pourquoi, si la Lettre tirée de Paris sur Bordeaux, a été négociée, par exemple, de Paris à Marseille, ensuite de Marseille à Cadix, et enfin de Cadix à Bordeaux, le porteur de la Lettre payable à Bordeaux n'aura son recours, après le protêt, tant pour le paiement de la Lettre que pour le rechange, que contre le négociant de Cadix qui a passé l'ordre à son profit; ce négociant de Cadix aura son recours contre le négociant de Marseille, et ainsi des autres.

Remarquez cependant que si le tireur avait donné pouvoir de négocier la Lettre de Change

---

sorte la Lettre de Change à un effet au porteur; qu'elle paraîtrait élever contre le vrai propriétaire une fin de non-recevoir insurmontable, même en cas de collusion entre le payeur et le porteur, ou, en cas d'une négligence excessive, voisine de la collusion et du dol: la loi déclare seulement que le payeur est *présumé* valablement libéré. Il aura en sa faveur la présomption légale. C'est le demandeur qui sera tenu de prouver les faits par lesquels il prétendrait l'inculper et le rendre responsable du paiement. Les tribunaux feront justice ».

Source : BIU Cujas

pour d'autres villes que celle où elle doit être acquittée, il serait tenu de payer les frais de rechange, relativement aux négociations qu'il aurait autorisées par la Lettre même ou par un écrit particulier. C'est ce qui résulte de l'art. 6. — Ainsi, en supposant que dans une Lettre de Change tirée de Paris sur Marseille, le tireur ait donné pouvoir d'en disposer pour Londres, il sera tenu, si cette Lettre revient à protêt, de payer le rechange de Marseille à Londres, et celui de Londres à Paris. Il en est de même du cas où le pouvoir de négocier la Lettre est indéfini : le tireur doit alors autant de rechanges qu'il y a de lieux différens sur lesquels la Lettre protestée a été négociée.

[[II. Voici ce que contient sur le rechange, le nouveau Code de commerce :

« *Art.* 177. Le rechange s'effectue par une retraite.

» 178. La retraite est une nouvelle Lettre de Change, au moyen de laquelle le porteur se rembourse sur le tireur, ou sur l'un des endosseurs, du principal de la Lettre protestée, de ses frais, et du nouveau change qu'il paye.

» 179. Le rechange se règle, à l'égard du tireur, par le cours du change du lieu où la Lettre de Change était payable, sur le lieu d'où elle a été tirée. — Il se règle, à l'égard des endosseurs, par le cours du change du lieu où la Lettre de Change a été remise ou négociée par eux, sur le lieu où le remboursement s'effectue.

» 180. La retraite est accompagnée d'un compte de retour.

» 181. Le compte de retour comprend, — Le principal de la Lettre de Change protestée, — Les frais de protêt et autres frais légitimes, tels que commission de banque, courtage, timbre et ports de lettres. — Il énonce le nom de celui sur qui la retraite est faite, et le prix du change auquel elle est négociée. — Il est certifié par un agent de change. — Dans les lieux où il n'y a pas d'agent de change, il est certifié par deux commerçans. — Il est accompagné de la Lettre de Change protestée, du protêt, ou d'une expédition de l'acte de protêt. — Dans le cas où la retraite est faite sur l'un des endosseurs, elle est accompagnée, en outre, d'un certificat qui constate le cours du change où la Lettre de Change était payable, sur le lieu d'où elle a été tirée.

» 182. Il ne peut être fait plusieurs comptes de retour sur une même Lettre de Change. — Ce compte de retour est remboursé d'endosseur à endosseur respectivement et définitivement par le tireur.

» 183. Les rechanges ne peuvent être cumulés. Chaque endosseur n'en supporte qu'un seul, ainsi que le tireur.

» 184. L'intérêt du principal de la Lettre de Change protestée faute de paiement, est dû à compter du jour du protêt.

» 185. L'intérêt des frais de protêt, rechange, et autres frais légitimes, n'est dû qu'à compter du jour de la demande en justice.

» 186. Il n'est point dû de rechange, si le compte de retour n'est pas accompagné des certificats d'agens de change ou de commerçans, prescrits par l'art. 181 ».

§. VI. *Des Lettres de Change tirées des colonies sur le trésor public.*

Nous avons déjà parlé de ces Lettres de Change à l'article *Faux*, sect. 1, §. 5 (tome 5, pages 135 et 136). Voici ce qui en est dit dans le *Moniteur* ou *Journal officiel* du 18 janvier 1808 :

» Différentes Lettres de Change, jusqu'à la concurrence de 3 millions, ont été tirées de l'île de France sur le trésor public.

» Voici les principes de l'administration sur les Lettres de change des colonies.

» La signature du ministre du trésor public donne seule le caractère de Lettre de Change à un papier tiré sur le trésor. L'effet de cette signature est tel, qu'un papier qui en est revêtu, est payé à l'heure même, avec la même ponctualité qui est d'usage dans toutes les opérations de commerce.

» Une Lettre de Change tirée par un agent quelconque de l'administration dans les colonies, n'est donc Lettre de Change qu'autant qu'elle a reçu son dernier caractère, c'est-à-dire, qu'elle a été acceptée par le trésor.

» Mais le ministre du trésor ne peut l'accepter qu'autant que les ministres des départemens respectifs lui ont fait connaître, 1° que les procès-verbaux des receveurs de la colonie constatent que la contre-valeur a été versée, soit en argent, soit en marchandises; 2° qu'ils approuvent cette opération.

» Le ministre du département n'approuvera cette opération, qu'autant que les interêts de l'État n'ont pas été lésés. Ainsi, lorsque la Lettre de Change a été donnée pour argent versé, le ministre du département vérifie, 1° si le versement est constaté par les procès-verbaux du receveur; 2° si l'escompte est conforme aux usages du commerce. Si les procès-verbaux du receveur constataient que les fonds n'ont pas été versés, la Lettre de Change ne serait point acceptée; elle serait nulle.

» Si la Lettre de Change est pour valeur fournie en marchandises, il faut que le marché, et les prix, dans le cas où il s'agit d'un traité général, soient connus du ministre : s'il s'agit d'un traité particulier et non connu du ministre, il faut que les prix soient reconnus justes, et que l'état ne soit pas lésé. Dans le premier et dans le second cas, les traites sont acceptées.

» Ces principes sont conformes à la justice et à ce qu'exigent les interêts de l'État.

» Une Lettre de Change du commerce n'est payée qu'autant qu'elle est acceptée par celui sur lequel elle a été tirée; le gouvernement, sur qui les agens des colonies tirent, est représenté par le ministre du trésor public, et le ministre du trésor public

Source : BIU Cujas

n'accepte, que quand il est constaté que le service pour lequel la Lettre de Change est délivrée dans les colonies, a été fait pour le compte du gouvernement, c'est-à-dire, de la marine ou des relations extérieures.

» Nous avons cru devoir mettre de nouveau ces principes en évidence, afin que personne ne puisse chercher à justifier, par une cause d'ignorance, des prétentions mal fondées.

» Le trésor est dans la plus grande prospérité ; mais ce n'est point une raison pour se relâcher de l'ordre et de l'économie que l'intérêt de l'État commande, et pour laisser la porte ouverte aux dilapidations et aux abus.

» Ces réflexions ne doivent répandre aucun préjugé défavorable sur les opérations du gouverneur général et du préfet colonial de l'île de France. Jusqu'à cette heure, tout annonce que cette colonie a été parfaitement administrée, et il est probable que les Lettres de Change ont été tirées sans abus et pour des causes réelles, et seront dans le cas d'être acceptées.

« On voit encore sur la place des Lettres de Change de Saint-Domingue, provenant des 60 millions de traites du général Rochambeau. Elles n'ont pas été acceptées et elles sont soumises à l'examen de la liquidation ; celles qui ont été tirées pour argent véritablement versé, ont été acceptées et acquittées. Mais celles qui étaient ainsi motivées, tandis que les procès-verbaux des receveurs constataient qu'il n'y avait pas eu de versement, n'ont point été acceptées et ne pouvaient pas l'être. Qui croirait qu'il y en avait de cette espèce pour plusieurs millions ?

» Nous le répétons, on ne pourra dans aucun temps avoir aucune inquiétude sur le paiement de toute Lettre de Change qui aura été faite pour argent réellement versé et à un escompte raisonnable, ou pour marchandises fournies en vertu d'un traité général connu du ministre du département, ou d'un traité particulier dont il sera constaté que les prix sont justes et que l'exécution n'a pas lésé les intérêts de l'État. Mais le commerce ne doit recevoir aucune Lettre de Change des colonies, que lorsqu'elles ont l'acceptation du ministre du trésor, qui est le véritable banquier du gouvernement.

» Les hommes sages et les vrais négocians trouveront ces principes conformes aux règles d'une bonne gestion et aux usages de tous les temps : les faux négocians et les agioteurs élèveront des clameurs ; mais l'administration ne recherche pas leur suffrage. Elle sait que la volonté, comme le devoir, du gouvernement est de protéger et de défendre le trésor de la nation ; et c'est là l'unique règle de sa conduite ».

§. VII. *Des faux qui peuvent intervenir dans une Lettre de Change.*

On a traité ci-devant, §. 4, n. 25, et à l'article *Faux*, sect. 1, §. 5 et 21, plusieurs questions relatives à ce genre de faux.

En voici une autre sur laquelle il a été statué par un arrêt de la cour de cassation du 6 juin 1807 : c'est celle de savoir s'il y a crime de faux en écriture, de la part de celui qui, ayant en dépôt une Lettre de Change protestée faute de paiement, et que les parties intéressées étaient convenues de regarder comme nulle, en supprime le *pour acquit* et met à la place un endossement au moyen duquel il la fait revivre. Voici comment l'espèce et le dispositif de l'arrêt cité sont rapportés dans le bulletin criminel de la cour de cassation :

« Laurent, Pestrelle, Marchand et les trois frères Claro étaient prévenus, les uns du crime de faux en effets de commerce, les autres de complicité du même crime. — La cour de justice criminelle et spéciale du département de Jemmapes s'était néanmoins déclarée incompétente, par arrêt du 13 mars 1807, attendu qu'il n'existait aucun faux matériel. — L'instruction établissait cependant qu'il avait été commis des faux matériels avec intention de nuire à autrui. — L'arrêt de cassation est ainsi conçu :

» Ouï le rapport fait par M. Vergés l'un des juges, et les conclusions de M. Thuriot, substitut du procureur général impérial ;

» Vu l'art. 456, n° 6, du Code des délits et des peines ; et l'art. 2 de la loi du 23 floréal an 10 ;

» Considérant que la cour de justice criminelle spéciale du département de Jemmapes ne s'est déclarée incompétente, par son arrêt du 13 mars 1807, que parcequ'elle a décidé que l'instruction n'offrait des traces d'aucun faux matériel ; — Que par suite de cette décision, cette cour a déclaré qu'il ne pouvait exister ni des auteurs, ni des complices de ce faux ;

» Considérant néanmoins qu'il est établi et reconnu que la maison Pestrelle a suspendu ses paiemens le 30 frimaire an 12, et convoqué ses créanciers le 4 nivose suivant ; — Qu'il est également reconnu que la maison de commerce des frères Claro s'est reconnue en état de faillite le 5 pluviose de la même année ; — Qu'il résulte de l'instruction, que les sept effets dont s'agit au procès, avaient été originairement tirés par les frères Claro sur divers individus, et passés par les frères Claro à l'ordre de Pestrelle, quoique Pestrelle n'en eût pas remis le montant ; — Qu'il en résulte aussi que parmi ces sept effets, quatre étaient revêtus des mots *pour acquit* et de la signature Pestrelle apposée en cas de paiement de la part des individus sur lesquels ces effets étaient tirés, ce qui ne s'est pas vérifié ; que deux autres desdits effets étaient revêtus de la signature en blanc dudit Pestrelle ; — Que cet état matériel des traites a été changé ; — Que le 25 frimaire an 14, il a été adressé une lettre par Pestrelle à Laurent ; — Qu'il a été déclaré dans cette lettre que les sept traites avaient été envoyées le 30 frimaire an 12 à Laurent, tandis qu'il est établi que ces traites avaient été remises à Laurent

Source : BIU Cujas

de la main à la main le 12 fructidor an 13 ; — Qu'afin de simuler cet envoi, cette lettre a été antidatée du 30 frimaire an 12 ; — Que le même jour 25 frimaire an 14, Pestrelle a apposé sa signature en blanc sur un autre desdits effets qui n'en était pas encore revêtu ; — Que postérieurement, et à l'aide de cette lettre ainsi antidatée, les mots *pour acquit* qui se trouvaient sur quatre desdites traites, ont été grattés, raturés et surchargés ; — Qu'on a substitué à ces mots un ordre en faveur de Laurent ; — Qu'il a été également ajouté un ordre au profit de Laurent sur les trois autres effets ; — Qu'il résulte de l'instruction, que ces altérations, ces surcharges, ces ratures et cette antidate ont eu pour objet de préjudicier aux intérêts des créanciers légitimes ; — Qu'il est en effet établi que lesdites traites étaient regardées réciproquement par la maison Pestrelle et la maison Claro comme des valeurs mortes ; — Que par la cession desdites traites, et par le résultat desdites opérations, on a cherché à donner une valeur à ces traites, au préjudice des créanciers légitimes des deux maisons faillies ; — Qu'en supposant même, au contraire, qu'on eût été fondé à penser qu'on pouvait tirer parti de ces traites contre la maison Claro, la cession de ces traites aurait encore eu pour objet de nuire aux créanciers de la maison Pestrelle ;

» Considérant qu'il a été fait usage de ces traites, lors des procès-verbaux d'affirmation des créances sur les frères Claro ; — Qu'il en a été fait usage aussi à l'effet de tâcher d'obtenir un dividende à la masse des créanciers de Pestrelle ;

» Considérant qu'il résulte, par conséquent, de l'instruction, qu'il a été commis une antidate sur ladite lettre du 25 frimaire an 14, et qu'il a été commis des faux matériels sur des effets de commerce postérieurement aux faillites de la maison Pestrelle et de la maison Claro ; qu'il résulte également de l'instruction, que ces faux ont été commis avec intention de nuire à autrui, et qu'il a été fait usage de ces effets de commerce avec la même intention ; — Que par conséquent la cour de justice criminelle spéciale du département de Jemmapes, en se déclarant incompétente sous prétexte qu'il n'existait pas de faux matériel, a violé les règles de compétence, dont l'instruction déterminait l'application : — Que cette cour a commis un excès de pouvoir et violé l'art. 2 de la loi du 23 floréal an 10 ;

» La cour..... casse et annulle l'arrêt rendu le 13 mars 1807, par la cour de justice criminelle spéciale du département de Jemmapes..... »]].

§. VIII. *Des billets de change.*

I. Le caractère distinctif d'un billet de change, est qu'il soit causé pour Lettres de Change fournies ou à fournir. Tout billet qui a un autre objet, n'a pas le privilège d'un billet de change.

Ainsi, il y a deux espèces de billets de change : les uns sont pour Lettres de Change fournies, et les autres pour Lettres de Change à fournir.

II. Le billet pour Lettres de Change fournies, est celui par lequel quelqu'un s'oblige envers un autre, à lui payer une certaine somme pour le prix des Lettres de Change qu'il lui a fournies.

L'art. 28 du titre 5 de l'ordonnance du commerce, du mois de mars 1673, prescrit une certaine forme pour ces billets. Voici ce qu'il porte : « Les billets pour les Lettres de Change fournies, feront mention de celui sur qui elles auront été tirées, qui en aura payé la valeur, et si le paiement a été fait en deniers, marchandises ou autres effets, à peine de nullité ».

Il résulte de cette loi, que, pour former un billet pour Lettres de Change fournies, il faut le concours de quatre conditions : la première consiste dans la déclaration des Lettres de Change fournies, pour le prix desquelles le billet est fait ; la seconde est d'exprimer dans le billet, sur qui les Lettres ont été tirées ; la troisième est de nommer celui qui, par ces Lettres, est déclaré en avoir payé la valeur ; et la quatrième est d'exprimer si la valeur a été payée en argent ou autrement.

Il faut remarquer que, quoique la peine de nullité soit prononcée par l'ordonnance, si les conditions qu'on vient de rapporter, ne se trouvent pas dans un billet de l'espèce dont il s'agit, il ne faut néanmoins pas croire que le législateur ait voulu par-là libérer le débiteur ; il a seulement voulu dire qu'un tel billet ne pourrait pas être réputé billet de change, et qu'il ne pourrait valoir que comme un billet ordinaire. [[C'est ce que déclare formellement un arrêt de la cour de cassation, du 1er thermidor an 11, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, article *Billet à domicile.*]]

III. Le billet pour Lettres de Change à fournir, est celui par lequel quelqu'un s'oblige envers un autre, à lui fournir des Lettres de Change sur un certain lieu, pour la valeur qu'il lui en a fournie.

L'art. 29 du titre cité s'exprime ainsi sur les billets de cette espèce : « Les billets pour Lettres de Change à fournir, feront mention du lieu où elles seront tirées, et si la valeur en a été reçue, et de quelles personnes, aussi à peine de nullité ».

Il faut, par conséquent, pour la validité de ces billets, que trois choses concourent : l'une, qu'ils fassent mention du lieu où doivent être tirées les Lettres de Change que ceux qui souscrivent ces billets, s'obligent de fournir ; la seconde, qu'ils contiennent une déclaration de la valeur reçue ; et la troisième, qu'ils indiquent les personnes qui ont délivré cette valeur.

Au surplus, il faut appliquer à la peine de nullité prononcée par l'art. 29, ce que nous avons dit à l'égard de celle qui est prononcée par l'article précédent.

IV. Les billets de change sont souvent dits payables à l'ordre de celui au profit duquel ils sont

Source : BIU Cujas

faits; mais ce n'est pas cela qui en fait le caractère essentiel : un tel billet peut être dit payable à la personne qui y est désignée, sans cesser d'être billet de change : la raison en est, qu'il suffit à cet effet, qu'il ait pour cause ou pour objet une Lettre de Change.

Il y a seulement cette différence, que lorsqu'un billet de change est payable à ordre, il se négocie ou s'endosse de même qu'une Lettre de Change; et que s'il n'est pas payable à ordre ou au porteur, il est censé toujours appartenir à la personne au profit de laquelle il est fait.

V. L'endossement des billets de change qui sont à ordre, produit le même effet que celui des Lettres de Change : il transfère de plein droit, et sans aucune signification, la propriété du billet de change à la personne au profit de laquelle l'endossement est fait; et l'endosseur s'oblige envers elle à lui faire recevoir ce qui est porté par le billet. C'est pourquoi, si le débiteur du billet ne paye pas à l'échéance, la personne qui en a la propriété, a une action en recours, tant contre celui qui a endossé le billet à son profit, que contre tous les endosseurs précédens : elle est en droit de les faire condamner solidairement à la payer.

On voit par-là que l'action que le propriétaire d'un billet de change a contre les endosseurs de ce billet, est pareille à celle que peut exercer le propriétaire d'une Lettre de Change contre les endosseurs et le tireur. L'une et l'autre ont les mêmes privilèges, et sont soumises aux mêmes règles, relativement aux fins de non-recevoir.

Suivant l'art. 31 du titre cité, le porteur ou propriétaire d'un billet pour Lettres de Change fournies ou à fournir, est tenu de *faire ses diligences* contre le débiteur dans dix jours. Ainsi, cette loi paraît ordonner pour les billets de change, ce que l'art. 4 du même titre ordonne à l'égard des Lettres de Change. Cependant les jurisconsultes d'Orléans ont pensé que l'art. 31 n'ordonnant que *des diligences*, au lieu du protêt prescrit par l'art. 4, il suffisait, pour se conformer à l'art. 31, de faire constater par une simple sommation faite au débiteur, son refus de remplir ses obligations : mais cette pratique n'est pas en usage, et l'on a coutume de faire protester les billets de change, de même que les Lettres de Change.

Il faut néanmoins convenir que, si, au lieu d'employer la voie du protêt contre le débiteur qui est en demeure de payer, le propriétaire du billet s'était contenté de lui faire une sommation dans les dix jours, il serait juste de considérer cette sommation comme l'équivalent des diligences ordonnées par l'art. 31 : ainsi, ce propriétaire ne devrait pas pour cela être privé de son recours de garantie contre les endosseurs du billet. La raison en est, qu'en fait de formalités on ne peut être tenu que de celles auxquelles la loi oblige : or, dans le cas particulier, l'ordonnance ne prescrit que des diligences, sans spécifier le protêt; c'est pourquoi, le porteur ou propriétaire du billet ne doit pas être assujetti au protêt plutôt qu'à toute autre espèce de diligence.

Après avoir fait ses diligences, le porteur ou propriétaire du billet *doit les signifier à celui qui a signé le billet ou l'ordre*, et faire donner l'assignation en garantie dans les mêmes délais que ceux qui sont prescrits pour les Lettres de Change. C'est la disposition de l'art. 32.

Si le billet n'avait été endossé au profit du porteur qu'après les dix jours depuis l'échéance du billet, Bornier pense qu'il n'y aurait alors aucun temps fatal dans lequel le porteur pût être obligé de faire des diligences contre le débiteur du billet, pour avoir recours contre l'endosseur; mais cette opinion n'est pas suivie, et le porteur est tenu de faire ses diligences dans le temps que le juge détermine pour cet effet.

VI. Le billet de change produit, contre le débiteur, une action qui le soumet à la juridiction consulaire, et à la contrainte par corps.

VII. Les billets de change sont, ainsi que les Lettres de Change, censés acquittés après cinq ans depuis leur échéance, si l'on n'a fait aucune poursuite; ou depuis la dernière poursuite, si l'on a poursuivi. C'est une disposition de l'ordonnance, tit. 5, art. 21 : après ce temps, le créancier est non recevable à demander le paiement du billet, soit au débiteur, soit aux endosseurs : il lui reste seulement le droit de faire affirmer, par le prétendu débiteur, qu'il ne doit plus rien, ou par sa veuve ou ses héritiers, qu'ils estiment la créance acquittée. (M. GUYOT.) *

[[VIII. Le Code de commerce est muet sur les billets de change. Quelle est la raison de son silence? Écoutons M. Duveyrier, dans le rapport qu'il a fait, au nom du tribunat, à la séance du corps législatif, du 11 septembre 1807 :

« Je ferai remarquer une omission assez importante du projet de loi, et qui, par ses conséquences raisonnables, équivaut à une abrogation formelle. — Il s'agit des billets de change.

» L'ordonnance de 1673 consacrait six articles à tracer les règles des billets de change, ainsi nommés, parcequ'ils étaient faits pour Lettres de Change fournies ou à fournir.

» Ces billets, assimilés en quelque sorte aux Lettres de Change elles-mêmes, étaient négociables par l'ordre et l'endossement, et soumis, en cas de non paiement, aux formalités du protêt, et aux effets de la garantie.

» On ne sera point surpris que, malgré l'unanimité des commentateurs à vanter leur utilité dans les circulations commerciales, l'usage en ait décidé autrement.

» Ces billets ont été insensiblement négligés, et sont aujourd'hui presque par-tout étrangers aux opérations commerciales, précisément parcequ'ils n'apportent au commerce ni force ni mouvement.

» Le projet de loi n'en fait aucune mention, et son silence, qui n'indique point la volonté de les

Source : BIU Cujas

exclure et de les proscrire, n'aura d'autre effet que de ranger ces sortes de billets dans la classe des promesses et billets ordinaires, dont la force et les effets sont déterminés par la forme dans laquelle ils sont rédigés ».]]

* LETTRES-PATENTES. Ce sont des Lettres émanées du roi, scellées du grand sceau, et contre-signées par un secrétaire d'état.

On les appelle *patentes*, parcequ'elles sont ouvertes, à la différence des Lettres closes ou de cachet, qu'on ne peut lire sans les ouvrir.

Les Lettres-Patentes ne produisent leur effet qu'après qu'elles ont eté enregistrées par la cour à laquelle elles sont adressées.

Les Lettres-Patentes accordées à des corps ou à des particuliers, sont susceptibles d'opposition, lorsqu'elles préjudicient à un tiers. (M. Guyot.) *

[[Aujourd'hui, les actes de l'autorité impériale, qui portent le nom de Lettres-Patentes, ne sont plus sujets à la *vérification* des tribunaux supérieurs; et il n'appartient qu'à l'Empereur lui-même de les révoquer ou modifier. *V. Enregistrement des lois, Décrets impériaux*, et *Pouvoir judiciaire*.]]

* LETTRES ROYAUX. On appelle ainsi toutes sortes de Lettres émanées du roi, et scellées du grand ou du petit sceau.

Ces Lettres sont toujours intitulées du nom du roi; et lorsqu'elles sont destinées pour le Dauphiné ou pour la Provence, on ajoute après les qualités de roi de France et de Navarre, celles de *dauphin de Viennois, comte de Valentinois et Diois*, ou bien *comte de Provence, Forcalquier, et terres adjacentes.*

L'adresse de ces sortes de Lettres ne se fait jamais qu'aux juges royaux; de sorte que, quand il est nécessaire d'avoir des Lettres Royaux dans quelque procès pendant devant un juge non royal, le roi adresse ses Lettres, non pas au juge, mais au premier huissier ou sergent royal sur ce requis, auquel il mande de faire commandement au juge de faire telle chose, s'il lui appert, etc.

Ces sortes de Lettres ne sont jamais censées être accordées au préjudice des droits du roi ni de ceux d'un tiers; c'est pourquoi la clause, *sauf le droit du roi et celui d'autrui*, y est toujours sous-entendue.

La minute de ces Lettres est en papier, mais l'expédition se fait en parchemin: il faut qu'elle soit lisible, sans ratures ni interlignes, renvois ni apostilles.

Les Lettres de chancellerie sont signées en cette forme: *par le roi en son conseil.* Si c'est pour le Dauphiné, on met, *par le roi dauphin*; si c'est pour la Provence, on met, *par le roi, comte de Provence.* Celles du petit sceau sont signées *par le conseil.* (M. Guyot.) *

[[*V. Chancellerie.*]]

LEVANT ET COUCHANT. Dans quelques coutumes, on appelle *homme Levant et Couchant*, un homme domicilié.

LEVÉE DE GENS DE GUERRE. *V. Lèse-Majesté.*

* LÈVRIER. C'est un chien nommé ainsi, de l'usage où l'on est de s'en servir pour la chasse du lièvre singulièrement.

Ceux qui n'ont ni droit ni permission de chasse, ne doivent point avoir ni nourrir de Lévriers chez eux, parceque cela les met dans l'occasion prochaine de s'en servir, et par-là de contrevenir à la loi qui leur interdit la chasse. Cela leur est défendu par les ordonnances de 1515, art. 16, de 1600 et 1601, art. 10, et de 1607, art. 6, à peine d'amende arbitraire.

Conséquemment à la disposition de ces ordonnances, un procureur du roi dans une maîtrise, et un procureur fiscal dans une grurie seigneuriale, sont bien fondés à faire condamner à l'amende tous ceux qui, n'ayant pas de permission de chasse, nourrissent cependant des Lévriers dans leurs maisons. *V. Chasse.* (M. Henriquez.) *

LÈZE-MAJESTÉ. *V. Lèse-Majesté.*

LÉZION. *V. Lésion.*

* LIBELLE. Ecrit injurieux qui attaque l'honneur ou la réputation de quelqu'un. Il est également défendu, et sous les mêmes peines, de composer, écrire, imprimer et répandre des Libelles diffamatoires.

L'injure résultant de ces sortes de Libelles, est beaucoup plus grave que les injures verbales, soit parcequ'elle est ordinairement plus méditée, soit parcequ'elle se perpétue bien davantage. Une injure qui attaque l'honneur, est plus sensible à un homme de bien, que quelque excès commis en sa personne. La peine de ce crime dépend des circonstances et de la qualité des personnes. Quand la diffamation est accompagnée de calomnie, l'auteur est puni de peine afflictive, quelquefois même de mort. (M. Guyot.) *

Le parlement de Bourgogne a rendu, le 12 juillet 1764, un arrêt remarquable sur cette matière.

Par sentence de la mairie de Dijon, du 21 mai précédent, le sieur Masson, avocat, avait été « déclaré atteint et convaincu d'avoir laissé sur son bureau, dans son cabinet, un Libelle diffamatoire fait contre un grand nombre de personnes de la ville, et par lui prétendu trouvé dans l'un des corridors de la salle des spectacles; de l'avoir prêté au sieur Dartigue son ami, et d'avoir ainsi donné lieu à la distribution de ce Libelle; pour réparation de quoi il avait été condamné à 50 livres d'amende envers la ville, et ordonné qu'il serait mandé à la chambre du conseil et de police à Dijon, pour y être blâmé ». — Le sieur Dartigue avait été « déclaré atteint et convaincu d'avoir communiqué et lu le Libelle à plusieurs particuliers, et consenti à ce qu'on en prît des copies; pour réparation de quoi il avait été condamné à 100 livres d'amende envers la ville, et au bannissement d'icelle pour trois ans ». — Le sieur Rathelot avait été « dé-

Source : BIU Cujas

claré atteint et convaincu d'avoir retenu, par écrit, une vingtaine d'articles du même Libelle ; d'avoir porté son écrit chez la femme Evrard, et d'y en avoir dicté une copie ; pour réparation de quoi, il avait été condamné à 10 livres d'amende envers la ville, et à être mandé à la chambre, pour y être admonesté ». —La femme Evrard avait été « déclarée atteinte et convaincue d'avoir souffert qu'on fît deux copies de cet écrit, d'avoir reçu une de ces copies, et de l'avoir communiquée et prêtée à Baudinier, pour réparation de quoi elle avait été condamnée à vingt livres d'amende envers la ville, et ordonné qu'elle serait mandée à la chambre et admonestée ». — Baudinier avait été « déclaré atteint et convaincu d'avoir fait au même écrit plusieurs changemens et additions, et aggravé les injures qui y étaient contenues, et d'y avoir même ajouté de nouveaux articles également injurieux pour d'autres personnes que celles qui y étaient dénommées ; pour réparation de quoi il avait été condamné à 100 livres d'amende envers la ville, et banni d'icelle pour cinq ans ». --Il avait été « ordonné en outre, que les quatre exemplaires du Libelle, joints à la procédure, seraient brûlés par l'exécuteur de la haute justice devant la principale porte de l'hôtel de ville ». — C'était sur l'appel de cette sentence, que le parlement de Dijon avait à prononcer. — L'arrêt cité « dit qu'il a été mal jugé en ce qui concerne ledit Masson, réformant, pour les charges résultantes des procédures contre lui, l'a banni et bannit pour trois ans du ressort de la cour, lui enjoint de garder son ban, sous les peines portées par les ordonnances ; condamne en outre ledit Masson à 50 livres d'amende envers la ville de Dijon. Ayant aucunement égard à l'appellation interjetée par ledit Dartigue de ladite sentence, réformant icelle par nouveau jugement, pour les charges des procédures résultantes contre lui, a banni et bannit ledit Dartigue pour trois ans du ressort de la cour, lui enjoint de garder son ban, sous les peines portées par les ordonnances ; condamne en outre ledit Dartigue à 50 livres d'amende envers la ville : ayant aucunement égard à l'appellation interjetée sur la sellette par ledit Baudinier, réformant ladite sentence par nouveau jugement, pour les charges des procédures résultantes contre lui, a condamné et condamne ledit Baudinier à dix livres d'amende envers la ville, et à être admonesté derrière le barreau ; lui fait défenses de récidiver, à peine d'y être très sévèrement pourvu. Réformant ladite sentence à l'égard dudit Rathelot fils puîné, et de ladite Chady, femme Evrard, pour les charges résultantes des procédures, a condamné et condamne lesdits Rathelot et Chady, chacun à l'amende de 5 livres envers ladite ville ; ordonne que le surplus de ladite sentence sortira son plein et entier effet : ce faisant, ordonne qu'au paiement des demandes ci-dessus prononcées, tous lesdits condamnés seront contraints par corps chacun pour ce qui les concerne, et que jusqu'au paiement de celles prononcées contre lesdits Dartigue et Baudinier, ces derniers tiendront prison, etc. »

Un autre arrêt de la même cour, du 29 janvier 1781, déclare Etienne Guilleminot, clerc tonsuré du diocèse d'Autun, « dûment atteint et convaincu d'avoir fabriqué plusieurs écrits injurieux et calomnieux, et d'y avoir apposé des signatures fausses; pour réparation de quoi, le condamné à être appliqué au carcan un jour de marché en la ville de Beaune, par l'exécuteur de la haute justice, et y rester une heure, ayant écriteaux devant et derrière, portant ces mots en gros caractères, FAUSSAIRE ET CALOMNIATEUR; et pour plus ample réparation le bannit à perpétuité hors du royaume, lui fait défenses d'enfreindre son ban sous les peines portées par l'ordonnance, et déclare tous ses biens acquis et confisqués au profit de qui il appartiendra, sur iceux pris préalablement la somme de cent livres, au cas que confiscation n'ait lieu au profit de sa majesté ».

[[Aujourd'hui, les Libelles diffamatoires ne peuvent plus, hors quelques cas particuliers, être poursuivis que par action civile. *V. Anonyme, Diffamation* et *Injure.*

Si l'on se pourvoyait en justice contre un Libelle dont l'original serait déposé dans les bureaux des ministres de l'Empereur, les juges pourraient-ils en ordonner la suppression ? Quelle marche devrait-on tenir en pareil cas ?

Nous trouvons dans la *Gazette des tribunaux* du 31 juillet 1777, une requête présentée au roi par le duc de Guines, qui par son contenu et par la réponse dont elle a été suivie, pourrait aider à résoudre ces questions. La voici :

« Sire, il existe au dépôt des affaires étrangères, un mémoire intitulé, *Apperçu*, adressé à M. le duc de .... par l'avocat et conseil de T....., en novembre 1773. L'objet de ce mémoire, sire, était d'éclairer la religion du feu roi, sur la nécessité de livrer son ambassadeur aux tribunaux, et de le décréter. Je le fus en effet à cette époque, et il en est résulté le procès criminel qui, depuis, a fait le scandale de l'Europe, et le tourment de ma vie. Votre majesté, par un effet de l'esprit d'équité et de bonté qui la caractérise, a bien voulu, sur les représentations que j'ai eu l'h nneur de lui faire, ordonner que la copie de ce mémoire certifiée par le ministre de ses affaires étrangères, serait jointe au procès. — En conséquence de l'examen qui a été fait par votre parlement, sire, de cette copie rapprochée des pièces du procès, qui avaient été citées et présentées au roi, comme existantes, comme vraies, tandis qu'elles n'existaient pas, l'arrêt rendu le 19 mars dernier, m'autorise à me retirer pardevers votre majesté, à l'effet d'obtenir que l'original de cet *Apperçu* soit supprimé, comme faux et calomnieux, du dépôt où il est consigné. Ce dépôt, sire, est celui des preuves de ma conduite dans les différentes missions dont j'ai été honoré. Il doit m'être sensible qu'il y existe pour la postérité, une

Source : BIU Cujas

pièce si contraire à l'approbation que votre majesté a daigné elle-même donner à cette conduite, par le titre le plus distingué, par la lettre honorable qu'elle a eu la bonté de m'écrire de sa main, en me permettant de la rendre publique. J'ose espérer que ce jugement prononcé d'avance par votre majesté, et justifié depuis par l'unanimité de son parlement, la déterminera à ne pas laisser subsister plus long-temps près du trône, le mémoire imposteur et outrageant qu'on a eu la témérité d'y produire, et dont les conséquences ont été si cruelles ».

L'auteur de la *Gazette des tribunaux* nous apprend que « sa majesté a daigné ordonner à son ministre des affaires étrangères, de mettre à cette requête l'apostille suivante : « Le roi, séant en son conseil d'état, a ordonné, au désir de l'arrêt du parlement de Paris, du 19 mars de cette année, qui renvoie le duc de Guines à se retirer par-devers sa majesté, pour obtenir la suppression d'un écrit intitulé, *Apperçu*, serait retiré du dépôt des affaires étrangères, et demeurerait supprimé, et que la requête du duc de Guines serait mise à sa place, pour servir de décharge au dépositaire et gardien de cet écrit. *Signé* Gravier de Vergennes ».]]

LIBELLÉ. On appelle *exploit* ou ajournement *Libellé*, celui qui contient la demande ou les conclusions de la partie, avec un énoncé sommaire des moyens du demandeur. *V. Ajournement.*

LIBÉRATION (legs de). On appelle ainsi une disposition par laquelle un testateur accorde à son débiteur la remise d'une dette.

I. Cette disposition peut se faire expressément ou tacitement. — Elle se fait tacitement, lorsque le testateur lègue à son débiteur le billet qui constate son obligation. C'est ce que porte la loi 3, §. 1, D. *de Liberatione legatâ ;* et c'est sur ce fondement qu'il est décidé dans la loi 84, §. 7, D. *de legatis* 1°, que le legs fait à Titius sous la condition de rendre à l'héritier du défunt un billet qu'il lui avait fait, oblige le légataire de libérer l'héritier.

Mais, suivant la loi 1, §. 1, D. *de Liberatione legatâ*, quand un testateur lègue à son débiteur les effets qu'il en avait reçus en nantissement, il n'en résulte pas qu'on doive présumer la remise de la dette; et si le légataire veut se faire libérer en vertu d'une telle disposition, il faut qu'il prouve, par des circonstances particulières, que telle a été l'intention du défunt.

II. Le legs de la Libération est ou perpétuel ou limité à un certain temps. — Il est perpétuel, lorsque le testateur s'exprime ainsi : *Je décharge un tel des* 100 *écus qu'il me doit ;* ou *je défends à mon héritier d'exiger d'un tel les* 100 *écus qu'il me doit.* C'est ce qui résulte de la loi 8, §. 3, et de la loi 15, D. *de Liberatione legatâ.* — Il est au contraire limité à la vie du débiteur, lorsque le défunt n'a interdit à son héritier de poursuivre sa dette que pendant ce temps. La loi 20 du même titre s'explique là-dessus de la manière la plus précise.

III. Un testateur peut léguer la Libération, non seulement à son propre débiteur, mais même au débiteur de son héritier, à celui d'un étranger, à une personne qui s'est rendue caution pour lui. C'est la décision expresse de la loi 3, §. dernier, de la loi 4, de la loi 8, et de la loi 11 du titre cité.

IV. Mais quels sont les effets de ces différens legs? C'est ce qu'il importe le plus d'examiner.

Lorsque la Libération est léguée à un débiteur du testateur ou de l'héritier, le légataire a deux voies pour en recueillir l'effet. — L'une est l'exception de dol qu'il peut opposer à l'héritier, en cas que celui-ci le poursuive en vertu de son obligation; — L'autre est l'action *ex testamento*, qu'il a droit d'intenter contre lui, pour se faire donner une décharge de sa dette.

Cette décharge se donnait dans le droit romain, tantôt par acceptilation, tantôt par simple pacte. Il importe peu, dans nos usages, qu'elle soit revêtue de l'une de ces formes plutôt que de l'autre; mais il n'en est pas moins intéressant pour nous de connaître les cas où le légataire avait droit à la première, et ceux où il était réduit à la seconde; car la question de savoir s'il devait être déchargé par acceptilation ou par simple pacte, revenait à celle-ci : la Libération est-elle bornée à la personne du débiteur à qui on l'a léguée, ou s'étend-elle à tous ceux qui sont obligés solidairement à la même dette?

Nous ne pouvons mieux résoudre cette question, qu'en rapportant ici le texte des lois qui la traitent.

« Si mon créancier m'a légué la remise de ce que je lui dois seul, je puis, ou me défendre par exception si l'on me poursuit, ou demander qu'on me décharge par acceptilation. Mais si j'ai un coobligé solidaire, et que le testateur n'ait voulu libérer que moi, je n'obtiendrai point ma décharge par acceptilation, je ne l'obtiendrai que par un simple pacte, afin qu'elle ne profite point à mon codébiteur, contre la volonté du défunt. Mais que serait-ce si mon codébiteur et moi étions associés? En ce cas, il semble que je devrais être libéré par acceptilation, puisque les poursuites qu'on ferait contre lui, rejailliraient sur moi : et c'est ainsi que l'a décidé Julien en son Digeste, liv. 32 ». (Loi 3, §. 3, D. *de Liberatione legatâ.*)

« Un testateur qui avait deux débiteurs solidaires, a ordonné à son héritier de libérer l'un et l'autre; l'un d'eux est incapable de recevoir un legs, et ils ne sont point associés. On demande *quid juris?* Il faut que l'héritier passe au débiteur capable, une délégation sur le débiteur incapable. Par ce moyen, le débiteur capable poursuivra le débiteur incapable, et non seulement il profitera du montant entier de la dette qu'il exigera de lui, mais encore il se fera décharger per-

Source : BIU Cujas

sonnellement par l'héritier. Si cependant les deux débiteurs étaient associés, la Libération du capable produirait indirectement celle de l'incapable ; ce qui aurait même lieu dans le cas où le testateur ne l'aurait léguée qu'au premier ». (Loi 29 du même titre.)

Il résulte de ces deux textes, que régulièrement le legs de la Libération n'empêche pas l'héritier d'agir pour toute la dette contre le coobligé du légataire. Mais cette jurisprudence, uniquement fondée sur les principes du droit ancien, a été modifiée par nos usages. — Dans l'ancien droit, le débiteur qui était poursuivi solidairement, ne pouvait, ni appeler son coobligé en garantie simple avant de payer, ni répéter à sa charge la moitié de la dette, après en avoir acquitté la totalité. — Dans nos mœurs, au contraire, il peut faire l'un et l'autre : ainsi, pour que le legs de la Libération ne soit pas inutile à celui des coobligés que le testateur en a voulu gratifier, il faut au moins qu'il éteigne absolument la moitié de la dette, et par conséquent que l'héritier ne puisse plus demander que l'autre moitié au codébiteur du légataire.

« L'héritier condamné à libérer le fidéjusseur, n'est pas tenu de libérer le débiteur principal. Mais si le legs de la Libération était fait au débiteur principal, et que l'héritier s'avisât d'agir contre le fidéjusseur, le débiteur principal ferait cesser son action en vertu du testament ». (Loi 2, D. *de Liberatione legatâ.*)

« Lorsqu'un créancier envers lequel une caution était obligée, a légué la Libération à son débiteur principal, celui-ci doit obtenir sa décharge par acceptilation, parceque si l'héritier agissait contre la caution, ses poursuites rejailliraient contre le légataire. Que serait-ce cependant si le fidéjusseur s'était rendu tel par pure libéralité et avec promesse de ne point redemander au débiteur ce qu'il paierait pour lui ? Que serait-ce si le débiteur principal n'était que le prête nom du fidéjusseur, et que celui-ci fût le véritable et le seul intéressé dans le contrat qu'il n'a eu que l'air de cautionner ? Dans ces deux cas, le débiteur principal ne devrait être libéré que par un simple pacte. Il est vrai que régulièrement on accorde au fidéjusseur une exception du chef des simples pactes faits entre le créancier et le débiteur principal ; mais comme l'intention d'un contractant n'est pas la même que celle d'un testateur, il faut raisonner ici tout différemment ». (Loi 5, D. *de Liberatione legatâ.*)

« Si c'est au fidéjusseur même que la Libération est léguée, on ne doit sans contredit le libérer que par un simple pacte ; il faudrait cependant le faire par acceptilation, dans le cas où le fidéjusseur serait lui-même débiteur principal sous un autre nom, et dans celui où il existerait une société entre lui et la personne qualifiée par le contrat de principale débitrice ». (§. 1 de la même loi.)

Si un testateur lègue à son fermier la remise de son bail, le fermier est déchargé, non seulement des arrérages dont il était redevable, mais même de tous les fermages qui doivent échoir jusqu'à la fin du bail ; en sorte que l'héritier est tenu de le laisser jouir gratuitement. C'est ce que décident les lois 16, 17 et 18 du titre cité.

Je me suis obligé de vous fournir un cheval ou une somme de cent écus : vous me léguez la Libération du cheval que je vous devais ; votre héritier pourra-t-il encore m'attaquer pour les cent écus ? La loi 7, §. 1., établit nettement la négative.

Vous me léguez sous condition une dette que je dois purement et simplement : votre héritier pourra-t-il m'en demander le paiement avant qu'il soit certain que la condition n'arrivera pas ? Il le pourra ; mais je ne serai obligé de la lui payer que sous bonne et valable caution de me la rendre, en cas que la condition vienne à s'accomplir. C'est la décision de la loi 7, §. dernier du même titre, et de la loi 5, D. *de doli mali et metûs exceptione.*

Lorsque la Libération est limitée à un certain temps, la dette ne produit point d'intérêts pendant l'intervalle ; et la peine qui avait été stipulée au cas de retard, n'est point due. C'est ce qui résulte de la loi 8, §. 2, D. *de Liberatione legatâ*, et de la loi 30, D. *de rebus creditis.*

Le legs de Libération ne comprend pas seulement le capital de la dette, il s'étend à tous les intérêts qui ont couru depuis la confection du testament jusqu'à la mort du testateur. La loi 28, §. 6, et la loi 31, § 4, D. *de Liberatione legatâ*, en renferment une disposition expresse.

Mais un legs général de la remise de ce que doit le légataire au testateur, ne comprend que les dettes qui existaient à la date du testament. Cela est ainsi décidé par la loi 28, §. 2 du même titre.

Le §. 1er de cette loi porte même que, si un testateur, après avoir déchiré le testament dans lequel il léguait à quelqu'un tout ce qu'il lui devait, en fait un second par lequel il confirme la Libération léguée dans le premier, ce legs n'éteint pas la dette qui a été contractée dans l'intervalle du temps écoulé entre les deux actes : ceci paraît fondé sur la maxime : *qui confirmat nihil dat : ad primordium tituli semper posterior formatur eventus.*

Un testateur lègue à une personne qui a administré ses affaires et reçu ses revenus, une dispense de rendre compte de sa régie : ce legs exempte-t-il l'administrateur de restituer à l'héritier les deniers de sa recette qui lui restent en mains ? L'affirmative semble adoptée par la loi 31, §. 2, D. *de Liberatione legatâ* : mais tous les interprètes conviennent qu'il faut retrancher de ce texte la particule *non* et lire : *Nihil proponi cur pecunia quæ pupillæ esset et apud tutorem remaneret, legata videretur.* En effet, il n'est pas probable que Scævola, auteur de cette loi, se soit contredit lui-même d'une manière aussi frappante que le suppose l'insertion qu'on y a faite d'une négative : car ce jurisconsulte décide nettement dans la loi 28, §. 4 du même titre, que le legs dont il s'agit, ne s'étend pas au reliquat du compte : *nihil proponi cur pecunia quæ pupillæ est et apud tutorem posita*

Source : BIU Cujas

maneret, legata videretur. On voit que dans l'un et l'autre texte, il se sert du même tour de phrase, et qu'il répète presque mot pour mot dans le second ce qu'il avait dit dans le premier. Le moyen de croire après cela qu'il ait voulu détruire par celui-ci la décision qu'il avait établie par l'autre?

On objectera sans doute, qu'au moins il n'est pas certain qu'il faille plutôt retrancher *non* de la loi 31, §. 2, qu'ajouter la même particule à la loi 28, §. 4.

Mais tout ce qui pourrait résulter de là, c'est que ces deux textes devraient être mis à part dans l'examen de la question proposée; et dans ce cas, leur silence serait abondamment suppléé par les lois 9, 20 et 23, D. *de Liberatione legatâ;* 34, §. 3, D. *de legatis 2°;* 72, §. 3, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, qui toutes déclarent formellement que la décharge de rendre compte n'emporte pas celle de rendre le reliquat.

Cette décision n'a pourtant pas lieu dans le cas d'un pareil legs fait par un enfant à son père: l'amour filial fait alors présumer que la décharge embrasse tous les objets: *præsumptionem enim propter naturalem affectum facere omnia patri videri concessa, nisi aliud sensisse testatorem ab heredibus ejus approbaretur;* ce sont les termes de la loi 28, §. 3, D. *de Liberatione legatâ.*

La loi 31, §. 1 du même titre, porte que le régisseur libéré par testament, doit remettre aux héritiers ses livres de compte.

V. Si le débiteur paye la dette dont la remise lui était léguée, le legs devient-il caduc? Il faut distinguer si ce paiement a été fait après la mort du testateur entre les mains de l'héritier, ou s'il a été fait au testateur lui-même.

Dans les premier cas, le légataire qui a payé par erreur et dans l'ignorance de la remise qui lui était faite, peut agir contre l'héritier en répétition de sa dette. C'est ce que décident la loi 26, §. 7, D. *de condictione indebiti*, et la loi 24, D. *de Liberatione legatâ.* — On oppose à cette décision la loi 5, §. 2, D. de ce dernier titre; mais c'est sans fondement; voici comment elle est conçue: « Si un fils de famille a contracté une dette, et que la Libération en ait été léguée à son père, celui-ci ne doit être déchargé que par un pacte, afin que la remise ne profite pas à son fils. Il importe peu pour la validité d'un pareil legs, qu'il y ait quelque chose ou rien dans le pécule au temps de la mort du testateur; car il en résulte toujours pour le père un avantage, celui d'être assuré qu'on ne l'inquiètera point à l'avenir; avantage d'autant plus réel, qu'en matière de pécule, on ne considère que le temps du jugement. Le jurisconsulte Julien assimile à la condition du père, celle d'un mari à qui sa femme a légué la remise de sa dot, après s'être séparée de lui par le divorce: en effet, quoique ce dernier se trouve insolvable au moment où il doit faire la restitution de la dot, on ne laisse pas de le considérer comme un vrai légataire, et l'un n'est pas plus admis que l'autre à répéter après avoir payé, *et utrumque solutum repetere non posse* ». — L'auteur de ce texte ne s'occupe, comme on le voit, que de la question de savoir si un père qui n'a rien dans son pécule, et un mari qui est insolvable, peuvent être légataires, l'un de la remise d'une dette contractée par son fils, l'autre de la décharge d'une dot qu'il doit restituer à sa femme. La raison de douter est, d'une part, que le père n'est tenu des dettes de son fils que jusqu'à concurrence du pécule dont il lui a confié l'administration; et de l'autre, que le mari insolvable jouit, par rapport à sa femme, d'un privilège qui empêche celle-ci d'agir contre lui pour sa dot; d'où il semble résulter, que le legs de Libération leur est inutile, puisqu'il n'ajoute rien aux sûretés qu'ils ont de plein droit contre les poursuites auxquelles ils sont respectivement exposés. Néanmoins (dit la loi), il faut les considérer comme vraiment légataires, parceque leurs fins de non-recevoir momentanées n'effacent pas leur qualité de débiteurs, si vrai, que lorsqu'ils ont une fois payé sans avoir en leur faveur un legs de Libération, ils ne peuvent plus répéter. — On ne peut sans contredit rien de plus simple ni de plus naturel que cette explication; et l'on voit clairement qu'il ne résulte de la loi qui en est l'objet, aucune opposition à celles qui permettent de répéter une dette dont on fait le paiement après la mort du créancier, faute de savoir qu'on en était libéré par son testament.

Si le paiement a été fait au testateur lui-même, le legs perd tout son effet et devient caduc: cette règle est établie par la loi 6, §. 4, et par la loi 21, D. *de Liberatione legatâ*; mais elle souffre deux exceptions. — La première est lorsque le débiteur peut prouver que le défunt a eu l'intention de conserver le legs, en exigeant la créance. *V. Révocation de legs*, sur la manière dont se fait celle d'un legs d'obligation. — La seconde exception est lorsque le testateur dispose en cette forme: « *Je lègue à un tel ce qu'il m'a dû* ». Dans ce cas, le débiteur n'obtient pas seulement la Libération, il a encore droit de répéter ce qu'il a payé: la loi 31 du titre cité le décide ainsi formellement.

VI. Nous avons vu qu'on peut léguer la Libération au débiteur d'un tiers. Ce n'est pas qu'un testateur puisse remettre à qui que ce soit d'autres dettes que celles dont il est lui-même créancier; mais si une disposition de cette espèce n'a pas un effet direct, elle oblige au moins l'héritier à faire en sorte que le légataire ne soit pas inquiété, et à supporter toutes les condamnations que le créancier pourrait obtenir contre lui.

Il y a même une particularité remarquable dans ces sortes de legs: c'est qu'ils sont censés faits au créancier comme au débiteur; de manière que si celui-ci en tire l'avantage de rejeter sa dette sur un autre, celui-là acquiert par la même voie un nouveau débiteur qui rend sa créance plus sûre.

On demandera, sans doute, comment on doit conclure lorsque l'on agit en vertu d'un pareil legs?

Source : BIU Cujas

C'est ce que nous apprennent la loi 49, §. 7, D. *de legatis* 1°; la loi 3, §. dernier, et la loi 4, D. *de Liberatione legatâ*. Suivant ces textes, le débiteur doit se borner à conclure à ce que l'héritier soit condamné à le garantir des poursuites du créancier; et le créancier à ce que l'héritier soit tenu de vider ses mains dans les siennes jusqu'à concurrence de la dette, sous l'offre de ne point inquiéter le débiteur.

VII. On voit, par ces différens détails, quel doit être l'effet du legs de Libération fait à une personne qui a cautionné le testateur: c'est que l'héritier est obligé de lui procurer une entière décharge, soit en payant la dette principale, soit en faisant accepter au créancier une autre caution, soit par tel autre moyen qu'il pourra trouver. La loi 11, D. *de Liberatione legatâ*, en contient une décision expresse.

VIII. Le legs de Libération n'est d'aucun effet, si la personne que le testateur en a voulu gratifier, ne doit rien: car de prétendre que, dans ce cas, l'héritier soit tenu de compter au légataire le montant de la dette dont le testateur a voulu le décharger, c'est ce qui ne peut s'accorder avec les décisions des jurisconsultes romains. Écoutons Julien, dans la loi 13, D. *de Liberatione legatâ*: « Si un créancier lègue à son débiteur ce qu'il lui doit, et que le débiteur ait une exception péremptoire à opposer à sa créance, le legs est absolument inutile ». C'est dans le même esprit qu'Ulpien répond (loi 7, §. 2), que le debiteur de dix écus, à qui le testateur a légué la Libération de vingt, ne peut demander que la décharge des dix écus qu'il doit.

De ces deux textes et des autres semblables, rapportés au mot *Legs*, sect. 2, §. 2, n. 5, il résulte que le legs de Libération donne bien une action pour obtenir la remise de ce qu'on doit, mais qu'il n'en donne aucune pour se faire payer ce qu'on ne doit pas.

Ce principe peut servir à la résolution d'une difficulté qui se présente fréquemment dans l'usage. Un créancier a deux débiteurs solidaires: il lègue à l'un d'eux ce qu'il lui doit, et il le fait dans des termes qui emportent la décharge des deux coobligés. En conséquence, le légataire se pourvoit contre son codébiteur, pour le faire condamner à lui payer la moitié de la dette: on demande s'il est fondé?—Il y a dans le recueil de La Peyrère, un arrêt du parlement de Bordeaux, du 26 mai 1664, qui a jugé que non. — On peut cependant citer en faveur du légataire, la loi 29, D. *de Liberatione legatâ*, rapportée ci-dessus, n. 4; mais cette loi, qui paraît au premier abord très favorable à sa prétention, a pour motif une circonstance qui ne se rencontre pas ici: dans le cas dont elle parle, le codébiteur du légataire était incapable de recevoir par un acte de dernière volonté; et comme le testateur avait expressément defendu à son héritier de rien exiger des deux coobligés, il fallait nécessairement que le capable fît lui-même et à son propre profit la recette de ce que devait l'incapable.

IX. La validité d'un legs de Libération ne dépend jamais de la nature ni de l'origine de la dette qui en est l'objet. C'est ce que fait entendre la loi 1 du titre cité, en déclarant qu'on peut remettre par testament toutes sortes de créances: *omnibus debitoribus ea quæ debent rectè legantur*. Il ne faut pas même, suivant la loi 8, §. 7, excepter de cette règle les dettes qui proviennent d'un délit: *Et ei Liberatio rectè legatur quem ex furtivâ causâ mihi dare oportet*.

X. Le légataire d'une Libération souffre comme les autres la distraction de la falcidie, et il vient avec eux en contribution au marc la livre, dans les cas où elle a lieu.

La loi 82, D. *ad legem falcidiam*, renferme là-dessus plusieurs décisions remarquables. En voici l'espèce. — Titius, dont toute la fortune consiste dans une créance de 400 écus qu'il a sur Caïus, fait par son testament trois sortes de dispositions: il nomme Sempronius son héritier, il décharge Caïus de tout ce qu'il lui doit, et il laisse à Seïus, son ami, une somme de 400 écus. Quels seront, par rapport à ces trois personnes, les effets de ce testament? — Il faut d'abord diviser l'hérédité, c'est-à-dire, les 400 écus que doit Caïus, en quatre portions, et en assigner une à l'héritier pour sa falcidie; ce qui restera sera partagé entre Caïus et Seïus: ainsi, Caïus donnera à l'héritier 100 écus, à Seïus 150, et il se paiera par ses propres mains les 150 écus auxquels son legs est réduit. — Mais quel parti prendra-t-on si Caïus n'est pas solvable? Nous avons sur ce point un principe très connu, c'est que tout homme est regardé comme solvable par rapport à soi-même: *Ipse sibi solvendo videtur; et quod ad se attinet, dives est.* — Pour faire ici l'application de cette maxime, il faut distinguer si Caïus est tout-à-fait insolvable, ou si du moins il n'est pas en état de payer une somme quelconque, par exemple, 100 écus. — Au premier cas, on déchargera Caïus de sa dette jusqu'à concurrence de 150 écus; le restant sera mis en vente, et le prix qui en proviendra, sera partagé entre l'héritier et le légataire Seïus, suivant la proportion qu'on vient d'établir. — Au second cas, on commencera également par décharger Caïus de 150 écus; on l'obligera ensuite de vider ses mains à raison de 100 écus qui forment toute sa solvabilité; cette somme sera partagée en quatre parties; l'héritier en prendra une pour sa quarte falcidie, les trois autres appartiendront à Seïus; quant aux 150 écus qu'on ne peut recouvrer, ils seront pareillement mis en vente, et le prix en sera distribué entre ces deux derniers.

[[Ces diverses décisions ne peuvent plus, dans notre jurisprudence actuelle, s'appliquer à la falcidie que nous ne connaissons plus (*V. Quarte falcidie*); mais elles pourraient encore servir de boussole dans les cas de réduction des legs dont il sera parlé aux mots *Portion indisponible* et *Réserve*]]

V. le Commentaire de Voët sur le Digeste, titre *de Liberatione legatâ*.

Source : BIU Cujas

[[LIBERTÉ. Suivant la définition qu'en a donnée l'assemblée constituante, par l'art. 5 de sa *déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, « la Liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société, la jouissance des mêmes droits; ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

Cet article s'explique assez par lui-même. On y voit que la Liberté individuelle s'étend exclusivement jusqu'au point où elle commencerait à nuire à la Liberté d'autrui. On y voit que c'est par la loi que doivent être reconnues et marquées les limites dans lesquelles elle doit être renfermée; on y voit par conséquent que, hors de la loi, tout est libre, et que cette Liberté est commune à tous, parcequ'en effet l'association politique n'a pas seulement pour objet la Liberté d'un ou de plusieurs individus, mais la Liberté de chacun des membres qui la composent.

Cette idée va reparaître encore dans l'article suivant : — « La loi ne doit défendre que les actions nuisibles à la société; tout ce qui n'est pas défendu par la loi, ne peut être empêché; et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne point ».

L'homme, dans l'état de nature, avait le droit de faire tout ce qui ne nuisait pas à autrui; il a apporté ce droit dans la société, la société doit donc le lui garantir. Or, elle ne le lui garantirait pas, elle le détruirait au contraire, si, par l'organe de la loi, elle pouvait défendre des actions qui ne seraient pas nuisibles à l'ordre social.

Ce n'est pas qu'on doive regarder comme absolument permis, tout ce qui n'est pas nuisible à l'ordre social. Il est des pensées et des actions que la morale condamne, quoiqu'elles ne troublent pas directement la société, et que leur effet sur celle-ci soit, ou nul, ou si lent, qu'il échappe au calcul du législateur; mais la loi ne peut pas les atteindre; ouvrage des hommes, et uniquement destinée à régler le sort de la vie humaine, elle ne peut pas soumettre à son empire des objets qui tiennent à un ordre de choses plus relevé; et elle doit abandonner au jugement de l'Être suprême, tout ce que l'Être suprême peut seul connaître et apprécier.

Voilà pourquoi, dans l'article cité, il est dit, non que tout ce qui n'est pas défendu par la loi, est permis; mais que tout ce qui n'est pas défendu par la loi, ne peut être empêché. Ainsi, la loi ne permet pas, mais elle s'abstient d'empêcher, tout ce qui n'est pas, de sa part, l'objet d'une défense directe et formelle.

Par la même raison, l'article cité ne dit pas qu'on est dispensé, mais *qu'on ne peut être contraint* de faire ce que la loi n'ordonne point; car le silence de la loi ne fait pas taire la morale; et celle-ci commande encore aux consciences, quand la loi n'a plus d'empire sur les actes extérieurs.]]

[[LIBERTÉ DE LA PRESSE. L'assemblée constituante l'a proclamée et définie en ces termes, par l'art. 11 de sa *déclaration des droits de l'homme et du citoyen* : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

Les pensées et les opinions sont également hors de la sphère des choses qui peuvent être prohibées par les législateurs; elles résistent, par leur nature, à toute espèce de contrainte; et d'ailleurs la société ne pouvant exiger de ses membres d'autre sacrifice que celui des *actes* capables de nuire à autrui, il est impossible que la pensée et l'opinion, qu'on ne voit pas, qu'on ne sent pas, qu'on ne peut conséquemment pas qualifier *d'actes*, et qui, par une conséquence ultérieure, ne peuvent jamais blesser l'intérêt général, soient soumis, de la part de la société, à aucune espèce de gêne ni de restriction.

Mais de la Liberté de penser et de raisonner, naît évidemment celle de manifester ses idées et ses opinions; car Dieu ne nous a donné la faculté de parler que pour exprimer nos pensées; et il n'importe, à cet égard, qu'on s'exprime de vive voix ou par écrit.

Ici, cependant, la société a des droits qu'elle n'avait pas avant la manifestation des pensées et des opinions intérieures. Elle peut défendre qu'on ne parle ou qu'on n'écrive d'une manière nuisible, soit à l'ordre public qu'elle a établi, soit aux individus qui la composent.

Mais là s'arrête son empire, parceque *la Liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* (*V. Liberté*). Ainsi, la loi ne peut pas défendre de manifester, par la parole ou par l'écriture, une pensée, une opinion qui ne fait tort à personne; et si elle dépassait cette borne sacrée, elle violerait les droits de l'homme, elle enfreindrait le contrat social.

L'ancien gouvernement était loin d'avoir, sur cette matière, des idées aussi libérales : pendant plusieurs siècles, il a tenu la presse dans l'asservissement. Par une distinction absurde entre les *actions* et les *discours*, il enchaînait ceux-ci, sous prétexte qu'il était possible qu'ils devinssent criminels, tandis qu'il était forcé de laisser à celles-là toute la *Liberté* qu'elles tenaient de la nature, sauf à les punir lorsqu'elles allaient jusqu'à la *licence*. Mais, grace à l'assemblée constituante, grace à l'Empereur Napoléon, trop grand pour ne pas maintenir son ouvrage (*V. Commission*, sect. 5, n° 3), cette distinction est à jamais abolie : de même, qu'on a toujours pu *agir* sans être mené en lesse par un *censeur*, on peut aujourd'hui *écrire* sans soumettre à son scalpel les récits ou les opinions qu'on veut publier; et dans un cas comme dans l'autre, on n'a à répondre que de l'abus de cette Liberté.

Source : BIU Cujas

Encore faut-il qu'une loi détermine les cas dans lesquels un écrivain peut être accusé d'un pareil *abus*. Car, sans une détermination précise de ces cas, tout serait *abus* aux yeux des hommes que fait trembler la Liberté de la Presse; et sous un gouvernement moins juste que le nôtre, on verrait bientôt une jurisprudence arbitraire renouveler le scandale des jugemens qui ont fait blanchir Galilée dans les fers, pour avoir cru, sur l'astronomie, des opinions contraires à celles d'Aristote, et décrété Boncerf d'ajournement personnel, pour avoir senti et publié en 1776, *les inconvéniens des droits féodaux*.

V. Anonyme, *Calomnie* et *Libelle*.]]

[[LIBERTÉ INDIVIDUELLE. *V. Arrestation*, *Forfaiture* et *Lettre de cachet*.]]

[[LIBERTÉ (mise en). *V. Élargissement*.]]

[[LIBERTÉ PROVISOIRE. *V. Élargissement*.]]

* LIBERTÉS DE L'ÉGLISE GALLICANE. Ce mot *Libertés*, qui annonce aux esprits serviles des Ultramontains, des privilèges exorbitans, ne désigne cependant que l'ancien droit commun de toutes les églises, droit commun que les Français ont su conserver et défendre contre les entreprises de la cour de Rome, avec plus de constance que les magistrats et les docteurs des autres nations catholiques.

Les églises étrangères, en laissant prévaloir chez elles une nouvelle discipline opposée à celle des premiers siècles, ont insensiblement subi l'esclavage de cette cour.

Mais l'attachement de nos pères pour les vrais principes et pour les règles primitives, ont au moins conservé, au milieu de nous, quelques restes de l'ancienne discipline.

Ce sont ces vestiges du droit public ecclésiastique des premiers siècles, auxquels on a donné le nom de *Libertés de l'Église Gallicane*.

Pour s'en faire une idée juste, il faut dire qu'elles consistent, non en ce que l'église de France est aussi libre aujourd'hui que l'étaient toutes les églises dans les cinq ou six premiers siècles de l'ère chrétienne, mais en ce qu'elle est moins asservie que les autres églises catholiques.

Cependant toutes les nations catholiques admettent aujourd'hui, comme nous, les deux maximes fondamentales de nos Libertés : elles croient également que la puissance temporelle est absolument indépendante du pouvoir spirituel; elles croient que le pape ne doit point exercer chez elles d'autre autorité que celle qui lui est conférée par les canons anciens, par les règles de discipline, ou par des usages qu'elles ont en quelque sorte consacrés : mais, excepté dans les États de l'empereur d'Allemagne, ces nations n'ont pas encore compris l'étendue des conséquences inaltérables, qui résultent de ces grandes maximes.

Pour qu'on puisse saisir l'esprit et les conséquences de nos Libertés, 1° nous ferons connaître les atteintes qu'on a voulu y porter, et les principaux monumens de notre droit public qui les établissent.

2° Nous rendrons compte des articles qui concernent l'indépendance de la puissance temporelle.

3° Nous ferons connaître les articles qui établissent l'autorité du magistrat politique et son droit de protection, dans l'église, sur les fonctions des ecclésiastiques et sur leurs personnes.

4° Nous développerons ceux de ces articles qui sont relatifs à l'autorité des papes dans l'église de France.

5° Nous dirons quelle est l'autorité de nos Libertés dans les provinces qui ont été réunies au royaume depuis le concordat de François Ier et du pape Léon X.

§. I. *Atteintes portées à nos Libertés; monumens qui les établissent.*

Le fondateur de l'église catholique n'a donné à ses ministres qu'un pouvoir purement spirituel sur les consciences; il a annoncé que *son royaume n'est pas de ce monde*, qu'il n'a pas *été établi juge et arbitre entre les hommes*, qu'il faut *rendre à César ce qui appartient à César*.

Telle est la doctrine que les apôtres, que tous les pères de l'église, ont enseignée aux nations : la religion qu'ils annonçaient, ne devait que resserrer les liens qui unissent les peuples et les rois; ils faisaient de l'obéissance envers la puissance temporelle, un précepte religieux.

Mais insensiblement le clergé ayant acquis d'immenses richesses, eut le plus grand crédit dans les royaumes qui se formaient en Occident, des débris de l'Empire romain. Le respect qu'avaient les anciens Celtes pour leurs prêtres et leurs druides, auxquels était remise la puissance de juger (respect qui naturellement doit être plus grand de la part d'un peuple nouvellement converti, pour les premiers ministres de sa religion), des seigneuries temporelles attachées aux sièges des évêques et qui les mettaient en droit d'entrer dans les assemblées générales de leur nation, et de prendre part à son gouvernement, ajoutaient à la prépondérance que leur donnait une éducation plus soignée que celle des autres seigneurs sortant à peine de la barbarie.

Avec ces prérogatives, dit l'abbé Fleury, les prélats n'étaient plus de simples ministres de la religion; ils étaient les premiers seigneurs de l'État, les principaux ministres des rois, ceux qui avaient toute leur confiance, et qui étaient chargés des affaires les plus importantes : malheureusement ils crurent avoir, comme évêques, ce qu'ils n'avaient que comme seigneurs; ils prétendirent, non seulement juger les chefs des États dans les assemblées générales des nations, mais même décider dans leurs conciles, de ce qui concernait les choses profanes; ils prétendirent que leurs canons avaient par eux-mêmes une puissance politique et extérieure : plus malheureusement encore,

Source : BIU Cujas

loin d'arrêter cette prétention dans sa source, des laïques puissans aimèrent mieux en faire l'instrument de leur ambition.

On sait que les rois de la première race faisaient raser et revêtir du froc monacal, les princes de leur sang qu'ils voulaient écarter du trône : quelle conséquence le clergé ne devait-il pas naturellement tirer de ces exemples! Un de ses premiers attentats fut lorsque Vamba, roi d'Espagne, étant tombé malade et ayant perdu connaissance, l'archevêque de Tolède s'empressa de le revêtir, suivant l'usage du temps, de l'habit monastique. Ce prince revint en santé; mais les évêques, à l'instigation d'Edvige, son successeur, le déclarèrent déchu de la royauté, dans un concile tenu à Tolède l'an 561, parcequ'il avait été soumis à la pénitence. — Ce fut aussi le prétexte de la déposition de Louis-le-Débonnaire.

Dans ces deux évènemens, on ne voit que les usurpations des évêques sur l'autorité des États : les papes n'avaient point encore pensé à disposer des couronnes et à se soumettre les souverains; ils n'avaient point encore méconnu à ce point les limites de leur pouvoir.

Mais ils ne devaient pas tarder à imiter les évêques et à pousser bien plus loin leurs entreprises.

Croyant avoir, dans les choses temporelles, autant et plus d'autorité que les évêques, ils entreprirent bientôt de régler les différens entre les souverains, non par voie de médiation et d'intercession seulement, mais par voie d'autorité; ce qui était en effet mettre sa puissance au-dessus de celle des rois, et s'arroger le droit de disposer des couronnes. D'ailleurs les papes avaient l'exemple des califes, successeurs de Mahomet. On sait que ces princes, à la fois pontifes et empereurs, revêtus en même temps du pouvoir du glaive et de l'encensoir, ne regardaient les autres princes musulmans que comme leurs lieutenans, pour les choses politiques, comme pour celles de la religion. Les papes, sans annoncer hautement qu'ils se proposaient ces pontifes pour modèles, affichèrent cependant les mêmes prétentions sur tous les princes chrétiens.

On vit donc Grégoire IV s'ériger en juge des différens que Louis-le-Débonnaire eut avec ses fils; Nicolas Ier vouloir déposer l'empereur Lothaire; Adrien II défendre à Charles-le-Chauve de s'emparer du royaume de son neveu, et trouver fort mauvais qu'il n'eût pas respecté cette défense; enfin Charles-le-Chauve lui-même, assez faible pour croire que les évêques qui l'avaient sacré, étaient ses juges, et pour solliciter le pape de lui accorder le titre d'empereur.

Tel est donc l'effet de la superstition : elle frappe sur les opinions par la terreur des préjugés; et ses esclaves, dépouillés de toute énergie, méconnaissant leur force et leurs droits, accourent courber leurs têtes et tendre leurs mains au devant des fers qu'ils se sont forgés.

Dès-lors, ce sont les papes qui paraissent principalement en possession d'attenter sur l'autorité politique : ils avaient marché à pas égal vers le despotisme dans la hiérarchie spirituelle et politique; les évêques étaient devenus leurs vicaires, lorsque les rois avaient commencé d'être leurs lieutenans : le crédit des évêques et toute leur puissance s'étaient fondus dans celle des papes, lorsque les fausses décrétales s'étaient répandues et avaient été reçues, pour ainsi dire, sans contradiction. Les papes avaient fait comme ces familles nouvelles qu'on voit s'élever tous les jours parmi nous : ils avaient soudoyé des généalogistes, pour donner à leurs usurpations une origine céleste et apostolique; et la foule pusillanime avait gardé le silence en présence de ces titres imposteurs.

D'un autre côté, la souveraineté de la ville de Rome que l'adresse des papes avait envahie, les ligues qu'ils formèrent avec les villes d'Italie qui s'étaient affranchies du joug des empereurs pendant les factions des Guelphes et des Gibelins, mirent la cour de Rome à l'abri des insultes de ceux qui auraient eu dessein de l'attaquer. Dès-lors, l'indépendance de toutes les couronnes fut, en quelque sorte, proscrite; la souveraineté, la personne même des princes et des rois fut soumise à la tiare des papes. Grégoire VII, Grégoire IX, Innocent III déposèrent les empereurs et les rois; et en leur rendant, à titre de grace, les enseignes de l'autorité dont ils les avaient dépouillés, ils parvinrent à faire confesser à ces princes qu'ils n'étaient que les premiers sujets de l'église de Rome : d'après ces succès éclatans, Grégoire VII crut pouvoir mettre en principe, « qu'il avait seul le droit de faire de nouvelles lois, d'assembler les nations, et de se revêtir des ornemens impériaux; qu'il n'existait qu'un seul nom, qu'un seul titre dans le monde, celui du pape; qu'il pouvait absoudre du serment de fidélité les sujets des princes méchans, et déposer les empereurs, sans que personne eût le droit de révoquer sa sentence; qu'il jugeait tout le monde, et ne pouvait lui-même être jugé par personne ».

Bientôt, les évêques surent tirer le parti le plus avantageux du crédit qu'avait acquis dans l'esprit des peuples, la maxime de la supériorité de la puissance spirituelle sur la temporelle; et démentant ce qu'avaient enseigné J. C. et les apologistes de la religion sur la soumission aux puissances, on les vit, non seulement aspirer à l'indépendance absolue du pouvoir politique, mais se prévaloir encore audacieusement de l'exemple et des principes des papes, pour étendre à l'infini la juridiction que les princes leur avaient accordée, pour s'attribuer une infinité de privilèges, et pour s'affranchir en particulier de l'autorité des souverains; ils prétendirent, par exemple, ne pouvoir être jugés par l'autorité séculière, non seulement pour les délits ecclésiastiques, mais même pour les crimes commis contre l'ordre public. Ils s'érigèrent des tribunaux, à l'instar des magistratures politiques; ils attirèrent à eux toutes les affaires des laïques, sous

Source : BIU Cujas

les prétextes les plus frivoles et les plus extraordinaires, comme la connexité avec les matières spirituelles. A l'occasion du sacrement de mariage, ils prirent connaissance de la dot, du douaire, et des autres conventions matrimoniales, de l'adultère, de l'état des enfans : on supposa qu'il ne devait point exister de testament sans legs pieux, et plusieurs conciles ordonnèrent que le curé recevrait les testamens, et que l'évêque se ferait rendre compte de l'exécution.

Cependant, quelle que fût la docilité des laïques, il parut incommode aux ecclésiastiques d'avoir à chercher un nouvel argument toutes les fois qu'ils voulaient s'attribuer la connaissance d'une nouvelle affaire : ils imaginèrent un principe général qui devait les rendre juges de toutes les contestations.

L'église, dirent-ils, en vertu des clefs que Dieu lui a données, doit prendre connaissance de tout ce qui est péché, afin de savoir si elle doit remettre ou retenir, lier ou délier. Or, en toutes contestations juridiques, une des parties soutient nécessairement une cause injuste, et cette injustice est un péché. L'église, conclurent-ils, a donc le droit de connaître de tous les procès, et de les juger ; ce droit, elle le tient de Dieu même ; et les hommes ne peuvent y attenter sans impiété.

Toutes ces usurpations des évêques tournèrent au profit de la cour de Rome, contribuèrent à augmenter l'autorité des papes, et à les rendre les premiers et les plus puissans magistrats du royaume.

Dans le principe, comme chefs de l'église, les papes s'étaient toujours occupés des besoins des églises particulières; ils s'étaient mis en possession de donner aux princes et aux évêques des conseils que souvent on ne leur demandait pas ; cette condescendance pour des pontifes dignes de leurs places par leurs mœurs et leurs lumières, devint un droit pour leurs successeurs : parcequ'on avait pris leurs conseils dans quelques affaires importantes, il fallut les consulter sur toutes ; parcequ'on avait suivi les conseils de leurs saints prédécesseurs, il fallut ne pas s'écarter des avis de leurs avides et ambitieux successeurs; il fallut que l'univers regardât ces conseils et ces avis comme des ordres ; et parceque les exemples de l'antiquité ne pouvaient que démentir cette prétention, on fabriqua les fausses décrétales, dans lesquelles on faisait décider aux papes des trois premiers siècles toutes les affaires dont les conciles avaient été en possession de connaître depuis le commencement de l'église. Les maximes qui y étaient répandues, étaient bien propres à justifier les abus que les successeurs de saint Pierre voulaient faire de leur autorité. Personne alors n'était en état de connaître la supposition.

Gratien inséra ces fausses décrétales dans son décret, regardé par toute l'église comme la règle de la discipline; plusieurs papes furent eux-mêmes la dupe de la doctrine que contenaient ces pièces supposées ; plusieurs crurent encore marcher sur les traces d'une foule de saints révérés dans l'église, quand ils sapaient les principes de tout ordre et de toute discipline. Ils décidèrent, d'après ces fausses maximes, toutes les questions, et adoptèrent toutes les prétentions que leurs flatteurs leur suggérèrent. Les assemblées des ecclésiastiques n'étaient plus que des conventicules de conjurés, faisant servir ce qu'il y a de plus saint parmi les hommes, à l'agrandissement des prêtres et au renversement de tous les pouvoirs politiques. Les grands principes de la saine morale et de la législation furent ébranlés, jusque dans leurs fondemens ; et la superstition régna sur les débris de la religion, des mœurs, des lois et des trônes.

Les nouvelles décisions des papes formèrent bientôt de nouvelles collections de décrétales, qui, revêtues de l'autorité de la loi, établirent de plus en plus l'imposture ; de manière qu'un grand nombre de docteurs enseignaient que toute l'autorité spirituelle résidait dans le pape, qui en était la source ; que lui seul la tenait immédiatement de Dieu ; que lui seul donnait l'autorité aux conciles universels, et avait droit de décider les questions de foi ; que tous les fidèles devaient se soumettre aveuglément à ses décisions, parcequ'elles étaient infaillibles, parcequ'il pouvait seul faire telles lois ecclésiastiques qu'il jugeait à propos, et dispenser, même sans cause, de toutes celles qui existaient ; enfin qu'il ne devait rendre qu'à Dieu seul compte de sa conduite.

Faut-il s'étonner de voir les papes en possession de tous les droits et de toute la juridiction des évêques au commencement du treizième siècle ? de voir les commendes, les mandats, les réserves et autres graces expectatives, et la collation de presque tous les bénéfices, entre leurs mains ?

Les exemptions prodiguées sans discernement, les graces, les dispenses accordées sans consulter les évêques, avaient anéanti la juridiction épiscopale ; toutes ces entreprises étaient autant de conséquences naturelles de l'immense pouvoir que les papes avaient usurpé dans l'église et dans l'État : ils ne connurent pas seulement des appels interjetés des métropolitains, ils autorisaient même les fidèles à s'adresser directement à eux en première instance, ou du moins après avoir subi un jugement dans le tribunal ecclésiastique le plus subalterne ; en un mot, ils ne traitaient plus les évêques comme leurs frères, comme leurs coopérateurs dans l'œuvre de Dieu, mais comme des délégués ou de simples vicaires. Ils s'étaient attribué la prérogative de les juger, de les transférer d'une église à l'autre, de les déposer ou de les rétablir dans leurs fonctions.

L'abus inévitable de toute autorité despotique en précipite ordinairement la chute : les papes, obligés d'acheter à prix d'argent des secours que la superstition impuissante n'aurait pu leur accorder, sentirent la nécessité d'augmenter leurs richesses ; et s'appliquant ce que l'écriture dit du grand pontife des juifs, à qui les lévites étaient obligés de donner la dîme de leurs biens, ils établirent des taxes sur le clergé de toutes les églises, et rien

Source : BIU Cujas

n'égala les excès des officiers de la cour de Rome, chargés de lever ces exactions.

Les murmures et les plaintes éclatèrent de toutes parts; les évêques et les prêtres de France eurent enfin recours à la protection de saint Louis, qui avait la garde de leurs églises : ce prince rendit en leur faveur l'ordonnance que nous appelons *la pragmatique sanction de saint Louis.* Non seulement cette loi interdit à la cour de Rome la perception des décimes, des autres exactions et levées d'argent dans le royaume, sans de justes et pressantes nécessités, et sans le consentement du roi et du clergé ; mais elle ordonna que les prélats, les patrons et les collateurs des bénéfices ordinaires jouiraient pleinement de leurs droits et de leur juridiction : elle assura aux églises cathédrales et autres du royaume la Liberté des élections ; elle proscrivit la simonie, et voulut que tout ce qui concernait la disposition et les provisions de toutes les prélatures, dignités, bénéfices et offices du royaume, fût réglé par les canons de l'église et par les institutions des saints pères; en un mot, cette pragmatique sanction confirma les Libertés, franchises, immunités, prérogatives, droits et privilèges accordés par nos rois aux églises, aux monastères, aux lieux pieux et religieux, ainsi qu'aux personnes ecclésiastiques du royaume.

Si l'on considère les préjugés de ces temps-là, cette pragmatique était un grand pas vers la raison : relever l'autorité du législateur, que les évêques avaient foulée aux pieds, se constituer pour juge entre eux, c'était constater ouvertement que, malgré leurs usurpations, ils étaient restés soumis à la puissance publique ; c'était, à plus forte raison, se ménager les moyens de décider tous les débats qui pouvaient s'élever entre eux et les autres ordres de citoyens : le roi, qui traçait les limites des différens membres de la hiérarchie ecclésiastique, pouvait, à plus forte raison, tracer les limites du pouvoir de cette hiérarchie même.

Cependant, excepté en ce qui concerne les levées d'argent, les dispositions de cette loi étaient trop vagues pour détruire les entreprises de la cour de Rome ; peut-être servit-elle à les modérer quelque temps : mais Philippe-le-Bel ayant demandé des secours d'argent au clergé, Boniface VIII voulut à son tour s'ériger pour juge entre le roi et le clergé de France : il saisit cette occasion pour se prévaloir en France de l'autorité que le siège de Rome s'était arrogée sur tant d'autres États ; il défendit à tous les ecclésiastiques de fournir de l'argent à aucun prince, par manière de prêt, de don, de subside, ou sous quelque autre nom que ce fût, sans le consentement du saint-siège ; il déclara que tous ceux qui donneraient ou recevraient de l'argent (ces derniers fussent-ils revêtus de l'autorité royale), encourraient l'excommunication par le seul fait.

Le roi n'ayant point déféré à ces défenses, tout le royaume fut mis en interdit; et Boniface, ne gardant aucune mesure, ne craignit pas d'annoncer ouvertement dans sa bulle *Unam sanctam*, que la puissance temporelle étant soumise à la spirituelle, et que tout le pouvoir des clefs résidant dans la personne du pape, il était le maître de déposer les princes rebelles à l'église. *Scire te volumus*, écrivit-il à Philippe-le-Bel, *quòd in spiritualibus et in temporalibus nobis subes.*

Le temps était mal choisi : Philippe-le-Bel, que la nation ne compte pas parmi ses bons rois, n'était pas au moins un prince faible. Il sut faire respecter la puissance publique dont il était dépositaire ; et ce fut à l'occasion de ce fameux différend, que l'église de France commença à établir d'une manière solennelle la maxime de l'indépendance des rois ; elle déclara que la nation n'était soumise en aucune chose, concernant le temporel, à la domination du pape; elle interjeta en corps, ainsi que les états assemblés et toutes les compagnies du royaume, appel au futur concile de la sentence d'excommunication lancée contre le roi, et de la bulle *Unam sanctam*, qui le déposait et le privait de son royaume.

Ce premier coup une fois porté au chef du clergé, il était naturel d'examiner les abus de la juridiction des ecclésiastiques inférieurs. Les réclamations des seigneurs et des officiers royaux déterminèrent, en 1329, Philippe de Valois à indiquer une assemblée solennelle.

Ce fut dans cette conférence mémorable que le célèbre Pierre de Cugnère établit jusqu'au nombre de soixante-six chefs, les usurpations différentes des ecclésiastiques sur la puissance séculière. L'archevêque de Sens et l'évêque d'Autun, orateurs du clergé, se défendirent; mais après des protestations plusieurs fois réitérées « de ne prétendre se soumettre à aucun jugement, et seulement pour instruire la conscience du roi et de ses officiers », ils soutinrent avec des comparaisons choquantes, « que la juridiction temporelle est inférieure à la juridiction ecclésiastique, et qu'elle en dépend essentiellement; que la soumission au prince, prescrite par les apôtres, est une déférence due au mérite, et non un devoir d'obéissance ». D'après ces principes ils persistèrent à se soutenir personnellement indépendans, et à défendre toutes leurs usurpations, « comme des droits qui leur étaient assurés par le droit divin, canonique et civil, par une coutume immémoriale, par des privilèges qui n'avaient fait (disaient-ils), que déclarer et confirmer ce qui appartient essentiellement à l'église, et non lui attribuer aucun droit nouveau ». Ils finirent par exiger du roi la confirmation du droit. Le roi se contenta de leur prescrire un délai pour se réformer eux-mêmes, leur déclarant qu'autrement il y pourvoirait d'une manière qui serait agréable à Dieu et au peuple.

Dans cette occasion, dit Fleury, la cause de l'église fut aussi mal défendue qu'elle avait été mal attaquée, parceque, de part et d'autre, on n'en savait pas assez : on raisonnait sur de faux prin-

Source : BIU Cujas

cipes, faute de connaître les véritables. Pour traiter solidement ces questions, il eût fallu remonter plus haut que le décret de Gratien, et revenir à la pureté des anciens canons, à la discipline des cinq ou six premiers siècles de l'église. — Ajoutons, avec un de nos écrivains les plus respectables (l'abbé de Mably), que pour terminer cette grande querelle, il eût fallu savoir qu'il y a un droit naturel, la base et la règle de tout autre droit, auquel on doit éternellement obéir; il eût fallu ne pas ignorer que rien n'est plus contraire au bien de la société, que de voir des hommes y exercer une branche de l'autorité civile, en prétendant ne point la tenir de la société même. Cette vérité, qui devrait être triviale, était bien plus ignorée du siècle de Philippe de Valois, qu'elle ne l'est du nôtre; il eût fallu connaître le danger d'accorder une puissance temporelle à des hommes qui parlent au nom de Dieu: infaillibles sur le dogme, ils peuvent se tromper sur le reste; ils prétendront peut-être de bonne foi n'agir que pour notre salut, en nous assujettissant à leur volonté.

Il n'y avait qu'un corps toujours subsistant, chargé de veiller sans relâche au maintien des lois et des maximes du royaume, armé de toute l'autorité du roi, avec une pleine liberté d'agir contre tous ceux qui voudraient y porter atteinte; il n'y avait que le parlement qui pût empêcher le renversement des droits de la royauté et de la liberté légitime des sujets. N'osant pas renverser tout à coup les principes fondamentaux des usurpations, le parlement, par des règlemens successifs et par une suite de décisions particulières, limita et restreignit peu à peu les différens objets de la juridiction que le clergé s'était attribuée. Ce fut en exécutant avec constance et avec courage le plan qu'ils s'étaient tracé, que nos magistrats, secondés par nos rois, parvinrent à miner insensiblement ce colosse redoutable. Les appels comme d'abus et la distinction des cas royaux furent introduits.

Mais si nos rois, armés de toute la puissance de leur nation, croyaient pouvoir sans danger se prêter à un plan aussi modéré, lorsqu'il ne s'agissait que de recouvrer leur autorité temporelle, il n'en était pas de même des usurpations des papes sur l'autorité spirituelle de l'église même : il fallait nécessairement décider d'abord où résidait cette infaillibilité qui ne peut être qu'une. Les papes eux-mêmes instruisirent l'église de ses droits.

A la mort de Grégoire XI, le collège des cardinaux se trouva partagé en deux factions qui firent chacune un pape; le pape Urbain VI et le pape Clément VII furent élevés en même temps sur la chaire de saint-Pierre. Ces deux papes et leurs successeurs, qui, pendant quarante ans, se traitèrent comme des intrus, s'excommuniaient, s'anathématisaient réciproquement, ainsi que leurs partisans respectifs, et cependant s'accordaient pour opprimer les églises et les nations de leurs communions : augmentant les entreprises de leurs prédécesseurs, ils s'emparaient des collations et des revenus de toutes les églises, qui ne pouvaient plus suffire au luxe et au faste des deux cours. Cette espèce de guerre civile dans le sacerdoce, contribua beaucoup à débarrasser la religion d'une partie des choses étrangères que les passions de ses ministres avaient jointes à l'ouvrage de Dieu. Les deux papes, pour se conserver une église, furent obligés à leur tour de recourir au roi. La scène du monde changea de face; l'église osa espérer de secouer le joug.

L'université de Paris, qui était alors l'école la plus célèbre de l'Europe, commençait à connaître l'antiquité ecclésiastique et à mettre de l'ordre dans ses études : ne voyant que des doutes et de l'obscurité dans les prétentions de la cour de Rome, elle fit ouvrir les yeux à toute la chrétienté. Il parut nécessaire à toute l'église de réformer ses mœurs, sa discipline, et son gouvernement, et sur tout de faire rentrer la puissance spirituelle des papes dans ses justes bornes. C'est à Gerson sur-tout qu'on doit ce grand ouvrage.

Le concile de Constance, dont ce grand homme fut l'ame, jugea les papes, les déposa, et, par cette action vigoureuse autant que par ses décrets, établit la supériorité des conciles généraux sur les papes. Il était réservé au concile de Bâle de faire l'application de ce principe. Les pères de cette assemblée, dans laquelle nos docteurs français eurent la plus grande influence, ennemis de ce despotisme inconnu dans la primitive église, qui avait été la source de tous les maux, essayèrent de se rapprocher du gouvernement ancien des apôtres, et détruisirent, ou du moins indiquèrent comment il fallait détruire le germe des désordres.

C'est sur la doctrine du concile de Bâle que fut faite à Bourges la *pragmatique sanction*. En érigeant les canons de ce concile sur la discipline, en lois de l'Etat, on se remit à quelques égards sur les traces de l'ancienne église : l'épiscopat fut presque rétabli dans son ancienne dignité; on apprit au pape à ne plus se regarder comme le seul législateur dans les choses spirituelles, et le suzerain du monde entier dans les choses temporelles. On connaît assez les dispositions de cette loi, et les différentes atteintes qui y ont été portées par le concordat germanique et par celui de Bologne.

Quoique ces concordats ne renversassent point les articles de la pragmatique auxquels il n'était point spécialement dérogé, quoique les décrets des conciles de Constance et de Bâle sur la supériorité des conciles généraux, n'eussent jamais été ni pu être révoqués; cependant ces décrets ne firent qu'échauffer le zèle outré des partisans de la cour de Rome : heureusement, jusqu'aux guerres de la ligue, le bruit de leurs argumens se perdit dans la poussière des écoles.

En vain Jules II s'étant ligué avec les ennemis de la France, crut pouvoir excommunier le roi, mettre son royaume en interdit, le donner au pre-

Source : BIU Cujas

mier occupant, et fulminer les mêmes anathèmes contre tous les princes qui tiendraient le parti du roi : cette entreprise ne servit qu'à jeter le plus grand discrédit sur les censures injustes des papes. L'eglise gallicane, assemblée à Bourges, déclara solennellement que le pape ne pouvait attenter à l'autorité des princes. Si, dans la suite, François I a bien voulu souscrire le concordat, si l'on a fermé quelquefois les yeux sur différentes prétentions de la cour de Rome, ce n'a plus été l'effet de la superstition et de l'ignorance, il ne faut en accuser que les intrigues ou une politique mal entendue : on peut en juger par la résitance constante de tous les corps à la réception du concile de Trente.

Mais la ligue fut sur le point de nous dépouiller dans un instant de toutes nos Libertés. La haine des protestans portait à des extrémités opposées les catholiques les moins éclairés : on désespérait de déterminer la nation à dépouiller de la couronne les descendans de saint Louis, échappés aux fureurs de la Saint-Barthélemy : il fallait accréditer l'opinion de la supériorité de la tiare sur toutes les couronnes.

Si cette maxime séditieuse ne prévalut point, au moins laissa-t-elle dans les esprits des impressions qui eurent des suites exécrables. Quand le dernier des Valois, quand le père des Bourbons, l'un de nos plus grands rois, eurent été assassinés par le fanatisme, on s'opposa encore à ce que l'indépendance de la couronne fût consacrée par une loi fondamentale.

En 1614, dans l'assemblée générale de la nation, le tiers-état avait demandé en tête de ses cahiers, qu'on déclarât « que le roi est reconnu souverain en son Etat, ne tenant sa couronne que de Dieu seul ; qu'il n'y a nulle puissance sur la terre, quelle qu'elle soit, spirituelle ou temporelle, qui ait aucun droit sur son royaume, pour en priver les personnes sacrées de nos rois, ni dispenser ou absoudre leurs sujets de la fidélité et obéissance qu'ils lui doivent, pour quelque cause ou prétexte que ce soit ».

Le clergé, qui insistait encore sur la réception du concile de Trente, résista de tout son pouvoir à cet article. Il soutint que c'était une question problématique ; et, à la face de la nation, le cardinal du Perron porta l'audace jusqu'à menacer d'excommunication quiconque voudrait obliger à croire, comme dogme révélé, la doctrine qui met en sûreté la couronne et la vie des souverains. Il fallut que le parlement rendît, le 2 janvier 1615, un arrêt solennel, pour faire cesser ce prétendu problème, et renouvelât les arrêts antérieurs, qui assuraient l'indépendance de nos rois et proscrivaient les maximes contraires. — Croirait-on que le clergé fut sur le point d'obtenir la cassation de cet arrêt ?

Cependant des Jésuites enhardis répandaient dans leurs libelles, que le pape avait un souverain pouvoir sur les rois, et le droit même de les déposséder de leurs Etats : on mettait en œuvre tout ce que l'intrigue et la cabale ont de plus subtil et de plus violent, pour soutenir ces propositions, et pour faire infirmer les censures, les sentences, et les arrêts qui les flétrissaient.

Ce fut ce qui, en 1639, anima le zèle du célèbre Pithou, avocat au parlement de Paris, et l'engagea à rassembler en quatre-vingt-trois articles, les maximes, usages et privilèges qui composent nos Libertés. Il en recueillit ensuite les preuves avec Dupuis. Quoiqu'il ait omis des choses importantes, quoiqu'il ait admis quelques maximes trop favorables à la puissance ecclésiastique, qui n'ont plus lieu aujourd'hui, la clarté et la précision de ce recueil, la justesse des principes et des conséquences qu'il en a tirées, lui ont mérité d'être adopté par la nation comme le texte même de nos Libertés, et d'être cité dans nos tribunaux et dans les ouvrages de jurisprudence, avec la même autorité que la loi.

Ce ne fut point sans obstacle de la part des partisans de la cour de Rome : rien n'était plus propre à faire sentir l'injustice et les dangers des usurpations, que de les comparer aux ordonnances, arrêts et règlemens que la puissance séculière y avait opposés. Dix-neuf évêques publièrent une censure que le parlement a déclarée pleine d'indécence et de passion. Les auteurs qu'on vient de nommer y sont traités d'hérétiques, et leur collection, d'assemblage de tout ce que l'enfer avait vomi de plus affreux contre l'église : selon les censures, jamais la foi catholique, la religion chrétienne, la discipline ecclésiastique, le salut du roi, ne furent plus dangereusement attaqués.

Le ministère d'alors, alarmé par les cris que jetaient de toutes parts les ecclésiastiques, crut devoir défendre la publication du traité et des preuves, imprimés sans privilège. Mais Louis XIV connut mieux le prix d'un pareil ouvrage. Vingt ans après, en 1651, il fit mettre à la tête son privilège, qui en fait le plus bel éloge. « Ce livre, (dit Louis XIV), sert à l'éclaircissement des droits de notre couronne, et à la preuve entière desdites Libertés ; en sorte que ces beaux droits, si augustes et si illustres, se trouvent tellement justifiés, que ceux qui les avaient estimés vains et sans fondement, pour n'avoir pas pénétré jusque dans leurs sources, sont obligés, par la force de la vérité, de les reconnaître aussi anciens que notre monarchie ».

Le clergé en corps n'avait jamais approuvé ceux de ses membres qui s'étaient élevés contre le livre de Pithou. Rempli des sentimens qui avaient animé, pour ainsi dire, ses prédécesseurs, il crut devoir étouffer jusqu'au prétexte des divisions, en publiant dans les quatre articles de sa fameuse déclaration de 1682, les principes et la doctrine de l'église gallicane.

Ces quatre articles, enregistrés dans tous les parlemens, sont devenus des lois de l'Etat ; ils sont enseignés dans toutes les facultés de droit et de théologie du royaume, et dans toutes les communautés religieuses. Ils se réduisent, comme nos

Source : BIU Cujas

Libertés, à ces deux maximes principales, que la puissance temporelle est indépendante de la spirituelle, et que le pouvoir du pape dans notre église n'est rien moins qu'absolu.

C'est de ces deux maximes que sortent tous les articles de nos Libertés.

§. II. *La puissance temporelle indépendante du pouvoir spirituel.*

Il n'existe plus personne qui ose révoquer en doute le premier article de la déclaration du clergé, suivant lequel « saint Pierre et ses successeurs, et toute l'église même, n'ont reçu de puissance de Dieu que sur les choses spirituelles et qui concernent le salut, et non sur les choses temporelles et civiles.... En conséquence, les rois ne sont soumis à aucune puissance ecclésiastique par l'ordre de Dieu; ils ne peuvent être déposés directement ni indirectement par l'autorité des chefs de l'église; leurs sujets ne peuvent être exemptés de la soumission et de l'obéissance qu'ils leur doivent, ou dispensés du serment de fidélité ». — Cet article, qui est un dogme de foi, est conforme à l'art. 15 de nos Libertés, et à l'art. 1 des cahiers du tiers-état, dans l'assemblée de 1614.

Les conséquences que Pithou a tirées de cette maxime, pour prévenir toutes les atteintes directes que les papes pourraient porter à la souveraineté de nos rois, ne sont pas moins incontestables.

1° Il est certain que, conformément à l'art. 4 de nos *Libertés*, « le pape ne peut rien commander ni ordonner dans le royaume, soit en général, soit en particulier, sur ce qui concerne les choses temporelles; et que s'il y commandait quelque chose, les sujets du roi ne seraient pas tenus de lui obéir ». — Il est certain, comme ajoute l'art. 15, que, « quelques excommunications ou monitions qui soient décernées contre le roi, ses sujets ne doivent pas laisser de lui rendre l'obéissance qui lui est due ».

Aussi, suivant l'art. 18, « lorsqu'il est question des droits et prééminences du roi, le pape ne peut s'en rendre juge, ni déléguer pour en connaître; le roi ne plaidant jamais que dans sa propre cour ».

2° Les doutes, les entreprises ne peuvent plus frapper directement sur ces maximes fondamentales de l'ordre social: les Ultramontains les plus outrés ne se permettent plus de les attaquer que d'une manière indirecte, sous prétexte de la confusion des limites des deux puissances, soit qu'ils veuillent faire dépendre de l'autorité de l'église, des choses qui sont du ressort de la puissance temporelle, soit qu'ils veuillent soustraire les ministres de l'église et leurs fonctions extérieures à l'autorité et au droit de protection du roi.

Pour détruire ces prétentions, nos pères ont encore établi, dans des articles particuliers, les conséquences qui résultent de ces maximes fondamentales de nos Libertés.

Pour se convaincre de la justesse de ces conséquences, pour se convaincre que dans tout ce qui concerne le temporel, l'autorité du roi est absolue, il ne faut que considérer la nature et l'objet de la puissance ecclésiastique et de sa juridiction.

L'église a une juridiction qui lui est essentielle, et qui est fondée sur ces paroles de Jésus-Christ: *Allez, instruisez toutes les nations, leur enseignant d'observer tout ce que je vous ai ordonné: ceux dont vous remettrez les péchés, ils leur seront remis; ceux auxquels vous les retiendrez, ils leur seront retenus.*

L'église a, dès-lors, par elle-même le pouvoir d'enseigner tout ce que Jésus-Christ ordonne, c'est-à-dire, les dogmes et la morale, et par conséquent d'interpréter la doctrine, d'absoudre les pécheurs, et de retrancher de son corps les incorrigibles; d'établir des ministres pour les fonctions publiques de la religion, de les juger relativement à ces fonctions, et de les déposer s'il est nécessaire.

Voilà la juridiction essentielle qu'aucune puissance ne peut enlever à l'église, et dont elle a joui dans les temps même des plus violentes persécutions. C'est pour cela que nos rois, comme l'atteste l'art. 8 de nos Libertés, ont toujours reconnu les papes pour leurs *pères spirituels*, leur rendant de franche volonté une obéissance, non servile, mais vraiment filiale....

A cette juridiction s'est jointe une juridiction accessoire, qui vient uniquement de la concession tacite ou expresse des princes. Si l'église a des tribunaux, si le clergé a la prérogative de juger les personnes ecclésiastiques, conjointement avec les juges royaux, si les officialités connaissent de matières qui ne sont pas purement spirituelles, si, dans certaines circonstances, elles ont toute la force nécessaire pour faire exécuter leurs jugemens, elles n'ont point reçu ces avantages de Jésus-Christ, elles les tiennent uniquement de la libéralité des souverains: cette juridiction accessoire de l'église doit être mise au rang de ses biens temporels; le clergé a droit de la défendre, comme tous les ordres des citoyens ont droit de réclamer la propriété de leurs biens et de leurs possessions, mais sans que l'église puisse étendre cette juridiction à volonté, ni prétendre qu'elle ne puisse être restreinte ni détruite par la puissance séculière, en suivant les formes légales. — [[Aussi a-t-elle été détruite par l'art. 13 de la loi du 7 septembre 1790. *V. Officialité.*]]

3° Le pape, ni par conséquent les autres juges d'église, n'ont aucune autorité dans les matières réglées par la loi civile, tels que les contrats, la dot, le douaire, les testamens et leur exécution: « Ils ne peuvent (selon l'art. 31 de nos Libertés), exercer de juridiction sur les sujets du roi, même de leur consentement, en matière de pétition de dot, de séparation de mariage quant aux biens, d'adultère, de faux, de parjure, de sacrilège, d'usure ou de restitution de bien mal pris par contrats illicites ou usuraires, de perturbation de repos pu-

Source : BIU Cujas

blic, soit par introduction de nouvelles sectes, séditieuses ou hérétiques, quand il n'est question que de fait, ou autrement, en quelque manière que ce soit, dont la connaissance appartient au roi et aux juges séculiers ».

La dernière disposition de cet article était en quelque sorte contredite par l'art. 37, qui paraissait tolérer l'inquisition, en ordonnant « qu'un inquisiteur de la foi n'aurait capture dans ce royaume, sinon par l'aide ou autorité du bras séculier ». Mais heureusement on ne connaît en France que le nom de l'inquisition.

4° Les droits de patronage et les fondations laïques sont regardés en France comme des choses purement profanes, auxquelles l'art. 30 ne veut pas que le pape puisse déroger ni préjudicier. — [[Et c'est par raison que, de nos jours, les uns ont été abolis, et les autres modifiées, supprimées et rétablies, sans le concours du pape. *V. Patronage* et *Fondation.*]]

5° Il en est de même des dîmes laïques, qu'on appelle *inféodées* : les contestations sur ces matières ne peuvent, selon l'art. 74, être portées, soit au pétitoire, soit au possessoire, pardevant les tribunaux ecclésiastiques, comme le décident d'ailleurs plusieurs de nos coutumes. — [[L'assemblée constituante a été plus loin : elle a supprimé, non seulement les dîmes inféodées, mais même les dîmes ecclésiastiques; et elle n'a fait en cela qu'exercer un pouvoir légitime. *V. Dîme.*]]

6° Les hôpitaux, les léproseries sont considérés comme une portion de la chose publique et du patrimoine de l'Etat : affectés à la subsistance des citoyens indigens ou infirmes, le pape ne peut, suivant l'art. 41, en prononcer l'union, ni les conférer en titre de bénéfice, lorsqu'ils n'existent point avec cette qualité ; et quand ils sont de véritables bénéfices, il ne peut, en les conférant sur résignation, dispenser de la règle *de infirmis.*

7° Quoiqu'en vertu des privilèges accordés par nos rois à l'église, les prêtres et les clercs soient à certains égards soumis à sa juridiction, cependant cette juridiction ne s'étend point sur leurs biens personnels et patrimoniaux; les art. 23, 24 et 26 veulent que le pape ne puisse autoriser les ecclésiastiques à disposer de leurs biens, soit entre-vifs, soit à cause de mort, sinon conformément aux lois du royaume et aux coutumes des lieux, ni qu'il puisse intervertir l'ordre de leurs successions, sous prétexte que ces biens proviennent des revenus de bénéfices ecclésiastiques ; ni changer la destination qu'ils en peuvent faire dans leurs testamens.

8° Si, sous prétexte des privilèges d'attribution accordés par nos rois aux clercs pardevant les juges d'église, les officiers du roi qui sont clercs, avaient la prérogative de décliner les tribunaux ordinaires pour les délits commis dans l'exercice de leurs charges, la puissance spirituelle aurait une grande influence sur l'administration du temporel et sur la direction des affaires politiques et civiles confiées à ses membres. Mais l'art. 38 décide que ces clercs ne sont soumis qu'aux juges royaux pour quelque faute qu'ils aient commise dans l'exercice de leurs charges, nonobstant le privilège de cléricature.

9° Quoique le lien du mariage soit formé par la bénédiction des ministres de l'église, la puissance spirituelle ne peut connaître des effets civils et temporels qui en résultent: ainsi nous avons vu que le pape et les juges d'église n'avaient aucune juridiction en matière de dot, de douaire, de séparations de biens : ainsi, suivant l'art. 21, le pape ne peut rendre les bâtards capables des effets civils, ni même déroger en leur faveur aux fondations ou aux statuts des églises, qui réservent les bénéfices aux personnes de légitime naissance.

10° Lorsque les papes s'attribuaient la connaissance d'une partie des affaires profanes, lorsque les officialités étaient en quelque sorte devenues des tribunaux ordinaires, le saint-siège donnait à des officiers qu'il établissait en France un pouvoir civil très étendu : tels étaient les comtes palatins, que l'art. 18 ne lui permet plus de créer dans le royaume ; tels étaient les notaires apostoliques, auxquels l'art. 19 défend de recevoir des contrats de vente, d'échange, donations et autres conventions civiles. Aujourd'hui ces notaires ne peuvent plus être établis que par le roi, qui leur donne seul des provisions.

11° L'excommunication, cette institution salutaire dans les beaux siècles de l'église, était devenue, dans les siècles de la barbarie, l'instrument de l'agrandissement temporel des ecclésiastiques. On pensait qu'elle rendait ceux qui en étaient atteints, incapables de tous les effets civils ; qu'elle séparait les époux des épouses, les pères des enfans, les maîtres des esclaves, les monarques de leurs sujets. Un canon inséré dans le décret de Gratien, voulait même qu'on ne regardât pas comme homicides ceux qui, par zèle pour l'église, tuaient un excommunié. — Les excommuniés étant, par-là, retranchés, non seulement de la classe des citoyens, mais en quelque sorte privés de tous les droits de l'homme, les dépositaires du foudre redoutable de l'excommunication, étaient les arbitres de la foule des citoyens : la crainte d'une excommunication, même injuste, dissipait les armées que les empereurs et les rois osaient opposer aux prétentions des pontifes, et pouvait imposer silence à la fermeté des tribunaux les plus éclairés.

Pour faire cesser ce funeste préjugé, l'art. 16 de nos Libertés veut qu'on ne puisse « excommunier les officiers du roi pour ce qui concerne l'exercice de leurs charges et offices, et que celui qui aurait obtenu des censures, soit contraint de les faire révoquer ». Il déclare que ces officiers ne sont jamais compris dans les termes des monitions générales, pour ce qui concerne leurs charges.

En conséquence, l'article suivant décide que la bulle *In cœnâ Domini*, qu'on a long-temps publiée annuellement à Rome contre les princes et les magistrats qui s'opposaient aux prétentions de la cour

Source : BIU Cujas

de Rome, « et notamment les clauses insérées du temps du pape Jules II, n'ont pas lieu en France pour ce qui concerne les privilèges et Libertés de l'Église Gallicane, les droits du roi et du royaume ». *V. Bulle.*

A l'égard des simples citoyens, l'art. 35 restreint l'usage des excommunications dans ses justes bornes, en déclarant abusives les excommunications *super obligatione de nisi*, prononcées contre le débiteur qui ne payait pas au jour fixé, dans quelque impossibilité qu'il se trouvât; celles qui contiennent la forme impréatoire; celles dont l'absolution est par exprès réservée à la personne du pape, et qui emportent distraction de la juridiction ordinaire, ou qui sont contre les ordonnances du roi et les arrêts de ses cours.

Cet article permettait de se pourvoir devant l'ordinaire, par monition générale, *in formâ malefactorum pro rebus occultis mobilibus et usquè ad revelationem duntaxat;* à la charge qu'en cas d'opposition de la part d'un laïque, la connaisance en appartiendrait au juge ordinaire. Mais depuis long-temps, en matière civile et criminelle, on ne peut plus obtenir de monitoire qu'en vertu d'une ordonnance des juges ordinaires. — [[Aujourd'hui, les juges ordinaires eux-mêmes ne peuvent plus accorder de monitoires. *V. Monitoire.*]]

L'art. 36 fait plus : pour que celui qui pourrait être excommunié, injustement ne soit pas privé du droit si naturel d'être entendu dans sa défense, pour que le juge d'église ne puisse pas lier les mains au tribunal du roi, il veut « que pendant l'appel comme d'abus de l'octroi ou publication d'une monition, la cour du roi puisse ordonner, que, sans préjudice du droit des parties, le bénéfice d'absolution à cautèle sera imparti à l'appelant, soit clerc ou laïque, et qu'à ce faire et souffrir l'évêque sera contraint même par saisie de son temporel, et son vice-gérant par toutes voies dues et raisonnables ».

Mais cet article est aujourd'hui superflu : l'excommunication injuste ou non n'est qu'un lien spirituel, qui n'ôte aucun des droits de la nature et de la société, et ne peut plus fermer à personne l'accès des tribunaux.

12° Enfin, quelle que soit l'étendue qui ait été donnée à la juridiction ecclésiastique, elle ne peut mettre sous sa main les meubles et immeubles qui dépendent des choses, ou qui appartiennent aux personnes sur lesquelles elle a droit de prononcer: l'art. 33 décide que « le pape ne peut user de séquestration réelle en matière bénéficiale ou autre ecclésiastique ».

Ces articles renversent le système de Bellarmin et des autres Ultramontains, qui prétendent que le pouvoir des pontifes s'étend sur le temporel d'une manière *indirecte* et par accident. Ce système est faux, disait de nos jours un des grands défenseurs des droits de notre monarchie (M. Blanc de Castillon, procureur général du parlement d'Aix, dans son réquisitoire contre le bref de Clément XIII, sur le duc de Parme); il est faux, parceque le rapport d'une matière vraiment temporelle et de toute loi humaine avec la conscience, n'en altère point l'essence, et ne les soustrait point à la puissance séculière ».

§. III. *Droit du magistrat politique, dans l'église, sur les choses saintes, sur les personnes, et sur les fonctions des prêtres.*

Pour bien saisir l'esprit de nos Libertés relativement au gouvernement de l'église, pour fixer les limites des deux puissances, et déterminer entre elles un partage dont elles ne sont jamais peut-être bien convenues, il faut, avec M. Talon, remonter aux principes généraux.

Le roi est chef de l'église, considérée comme corps politique, comme une collection de citoyens; mais comme corps mystique, la puissance ecclésiastique est souveraine; le roi n'a que le simple droit de garde et de protection, *afin qu'il puisse suppléer, par la terreur de la discipline, ce que le prêtre ne peut faire par la doctrine des paroles.* C'est la décision du sixième concile de Paris, où il est dit, « que suivant la doctrine et la tradition des pères, le corps de la sainte église a été principalement divisé en deux personnes, la sacrée et la royale..... Les princes du siècle (y est-il ajouté), tiennent quelquefois *au dedans* le premier rang de la puissance qu'ils ont, afin de munir la discipline ecclésiastique par cette puissance ».

Dans tout ce qui est nécessaire au salut, dans tout ce qui est de dogme, il faut obéir à l'église; dans tout le reste, il faut se soumettre à l'autorité du prince, même pour ce qui est de conseil divin : ces conseils n'obligent point, tandis qu'il est nécessaire au salut d'obéir au prince dans tout ce qui n'est point contraire au précepte. Quand Dieu a confié l'autorité au prince, il savait bien l'abus qu'il pourrait en faire. C'est dans ce sens que, suivant Bossuet et de Marca, le pape Grégoire-le-Grand se rendait le ministre de l'exécution d'une loi de l'empereur Maurice, quoiqu'il la jugeât contraire à l'esprit de la religion et peu conforme à la volonté de Dieu; c'est dans ce sens qu'il déclarait au même empereur, que si les coups d'autorité qu'il se proposait de frapper contre un évêque dont Maurice souhaitait la déposition, ne blessaient pas l'ordre canonique, il y souscrirait; ce que, dans le cas contraire, il tolérerait en silence, parcequ'il s'agissait d'un fait où la foi n'était pas attaquée.

Mais ne confondons pas les quatre principaux objets de la police ecclésiastique, sur lesquels s'étendent nos Libertés, c'est-à-dire, la foi, le culte divin, la personne des ministres et les biens de l'église.

1° *Ce qui concerne la foi* regarde le for intérieur, où le prince ne pénètre pas; cependant, comme protecteur, il a intérêt à ce qu'on n'en altère point le dépôt; comme magistrat politique, il a droit de veiller à ce qu'on n'introduise point

Source : BIU Cujas

de doctrine pernicieuse dans l'Etat : nos Libertés étendent à cet égard les droits de surveillance et de protection de nos rois jusque sur le saint-siége, soit parceque nos rois étaient autrefois souverains de Rome, soit parceque le pape a la plus grande influence sur l'église de France, dont il est le patriarche et le chef spirituel. « Aucuns de nos Français (porte l'art. 9), ont aussi dit et laissé par écrit, que les papes, lors de leur avènement, étaient tenus d'envoyer au roi très chrétien la profession de leur foi, telle qu'elle se trouve en l'ancienne collection du cardinal *Deus dedit*, et en quelque registre du trésor du roi, sous le nom de *benedictus*, ajoutant que le pape Boniface VIII l'envoya *sub plumbo*, à l'exemple de celle de Pelagius, au roi Childebert, dont se voyent quelques échantillons au décret de Gratien ».

Quoique le dépôt de la doctrine, la condamnation des erreurs, et la censure des matières de dogme répandues dans les écrits, soient confiés aux ministres des autels ; cependant, pour empêcher le désordre et prévenir le scandale, nos rois ont droit de provoquer cette censure, de convoquer les conciles, et d'en régler le lieu et l'heure, non pour décider quelque chose de nouveau, mais, à l'exemple de Théodose, pour faire observer les canons anciens, pour que la loi de l'église devienne celle de l'Etat : ils peuvent faire publier les décrets de ces assemblées, les examiner, protester contre, et en appeler, afin de régler ce qui est contraire aux intérêts temporels. Ainsi, suivant l'art. 10 de nos Libertés, « les rois très chrétiens ont de tout temps, selon les occurrences et nécessités de leur pays, assemblé ou fait assembler des synodes ou conciles provinciaux et nationaux, èsquels, entre autres choses importantes, se sont traitées les affaires concernant l'ordre et la discipline ecclésiastique de leur pays, dont ils ont fait faire règles, chapitres, lois, ordonnances et pragmatiques sanctions, sous leurs noms et autorités ; et s'en lisent encore plusieurs ès recueil des décrets reçus par l'église universelle, et aucuns approuvés par conciles généraux ».

On a également traité dans ces assemblées des matières de foi : c'est par ordre de nos rois que s'est tenu le colloque de Poissi ; c'est à leur prière que le pape et quelques évêques ont prononcé sur les questions de dogme que les livres de Jansénius et de Quesnel avaient fait naître dans le siècle passé, et jusque vers le milieu de celui-ci : c'est par l'autorité de nos rois que tous les décrets provisoires, rendus en conséquence, ont été publiés, ainsi que le concile de Bâle et tant d'autres ; enfin Louis XIV, au mois d'avril 1656, a fait une loi générale pour la tenue des conciles provinciaux tous les trois ans.

La mission des prédicateurs, l'approbation des professeurs chargés d'enseigner l'évangile et la morale de Jésus-Christ, appartient encore essentiellement à la puissance spirituelle ; mais le roi jouit aussi sur cet objet des droits de surveillance et de protection ; ses magistrats peuvent examiner si les actes extérieurs du prélat qui donne la mission, et du ministre qui la reçoit, sont conformes aux règles canoniques, et si, dans leurs fonctions, ils ne donnent point atteinte aux droits du prince et aux lois de l'État : c'est ainsi que, par arrêt du 16 juin 1682, le parlement interdit les assemblées de la faculté de théologie, pour avoir différé d'enregistrer l'édit du roi et la déclaration du clergé de France ; c'est ainsi qu'un arrêt du 4 décembre de la même année rétablit un professeur du grand couvent des Carmes de Paris, et admonesta ses supérieurs, qui l'avaient suspendu de ses fonctions ; c'est ainsi qu'un arrêt du 2 septembre 1756 a déclaré abusifs deux mandemens de M. de Condorcet, évêque d'Auxerre, qui avait voulu obliger de prendre son approbation par écrit, pour le *catéchisme*, les prières du soir, le prône, et les autres instructions familières non comprises dans l'art. 10 des lettres-patentes de 1695.

Les peines spirituelles, comme les pénitences, les excommunications, regardent le for intérieur ; mais le promoteur a le droit de pourvoir à ce qu'elles soient distribuées conformément aux canons, et le magistrat politique, à ce qu'on ne s'en serve point pour entreprendre contre le temporel. Nous avons déjà rendu compte des précautions que nos lois ont prises contre l'abus des excommunications.

Les peines temporelles ne regardent que nos rois et leurs officiers ; la terreur de la doctrine ne peut y atteindre. La puissance spirituelle ne peut offrir aux condamnés que les consolations de la religion et l'espoir de l'indulgence du ciel, si leur repentir est sincère : en conséquence, l'art. 22 de nos Libertés décide que les papes ne peuvent remettre, soit aux laïques, soit aux clercs, la peine de la réparation d'honneur, quoiqu'elle ait été prononcé par le juge d'église : l'official ne peut décerner cette peine purement temporelle, qu'en vertu de la juridiction accessoire émanée du prince ; et dans cette partie, la puissance spirituelle ne jouit pas des droits du législateur. En vertu de l'art. 23, si le pape entreprenait de restituer quelqu'un contre l'infamie, la grâce n'aurait aucun effet civil : suivant l'art. 33, le pape, et par conséquent tous les juges d'église, dans les procès portés pardevant eux, ne peuvent, lorsque l'accusé est laïque, user contre lui de condamnations qui affectent le temporel, ni même prononcer, contre les accusés ecclésiastiques, que des peines canoniques.

2° *Quant au culte*, le culte intérieur qui se pratique par la foi, l'espérance et la charité, appartient tout entier à la puissance spirituelle. Il n'en est pas de même du culte extérieur, qui consiste principalement dans la célébration des sacrifices et l'administration des sacremens.

Si la célébration des sacrifices regarde absolument la puissance spirituelle, s'il n'est pas permis au prince de pénétrer dans l'intérieur du sanctuaire, il doit au moins veiller sur le culte, pour

Source : BIU Cujas

en maintenir la pureté. Nos capitulaires renferment une foule de dispositions sur la manière de dire la messe, et sur les personnes qui servent à l'autel. On ne peut, sans le consentement du roi, changer les formes des prières, ni en prescrire de nouvelles, sur-tout lorsqu'elles ont une fin temporelle.

La distribution des sacremens émane du caractère du prêtre; mais les magistrats politiques peuvent ordonner cette dispensation aux pasteurs ordinaires. — L'art. 9 de la déclaration du 14 mai 1724, que les ecclésiastiques ne récuseront pas, et qui a été enregistrée le 31 du même mois, « enjoint à tous curés et autres qui ont la charge des ames, de visiter soigneusement les malades, de quelque état et qualité qu'ils soient, notamment ceux qui ont ci-devant professé la religion prétendue réformée, de les exhorter, en particulier et sans témoins, à recevoir les sacremens de l'église, en leur donnant à cet effet toutes les instructions nécessaires ». — Une foule d'arrêts rendus successivement, pour ainsi dire, par tous les parlemens du royaume, depuis 1711, ceux d'enregistrement de la déclaration du 2 septembre 1754, mais surtout le règlement du parlement de Paris, du 18 avril 1752, défendent « à tous les ecclésiastiques de faire aucun refus public des sacremens, sous prétexte de défaut de représentation d'un billet de confession ou d'acceptation de la bulle *Unigenitus*; leur enjoint de se conformer, dans l'administration extérieure des sacremens, aux canons et règlemens autorisés dans le royaume; leur fait également défenses de se servir dans leurs sermons, à l'occasion de la bulle *Unigenitus*, des termes de novateurs, hérétiques, schismatiques, jansénistes, sémipélagiens, ou autre nom de parti, à peine contre les contrevenans d'être poursuivis comme perturbateurs du repos public, et punis suivant la rigueur des ordonnances ».

Règle générale: si, indépendamment des qualités extérieures de l'ame, les sacremens exigent une qualité extérieure temporelle et civile, le prince a droit d'y pourvoir: ainsi, nos lois ont défendu l'ordination des esclaves; ainsi, dans le mariage, le contrat civil qui en est la matière nécessaire, étant du ressort du magistrat civil, il peut y mettre des conditions; et comme l'obligation de la conscience dépend souvent de la validité de l'engagement civil, en prononçant directement sur l'un, il décide nécessairement de l'autre.

Les principes sur la distinction du pouvoir des deux puissances en matière de sacrement, et en particulier de celui de mariage, sont bien développés dans la lettre écrite le 3 septembre 1712 par M. le chancelier de Pontchartrain à M. le premier président du parlement de Besançon.

« La distinction (disait M. le chancelier), entre le pouvoir de prononcer sur le lien du mariage que vous prétendez être réservée au juge d'église, et le droit de connaître des effets civils, auquel le parlement semble se réduire, ne doit pas être admise indéfiniment dans un tribunal instruit des véritables maximes par lesquelles les limites des deux puissances doivent être fixées. — Comme le mariage est en même temps un contrat civil et un sacrement, il est également soumis aux deux puissances, même par rapport à la validité du lien. Le contrat dépend absolument de la puissance séculière; le sacrement dépend uniquement de la puissance ecclésiastique; et comme il n'y a pas de mariage valable parmi nous, s'il n'est élevé à la dignité de sacrement, et que réciproquement il n'y a pas de sacrement où il n'y a pas de contrat et de consentement légitime, il est évident que l'église et l'Etat exercent également leur autorité sur le mariage, considéré en même temps comme contrat et comme sacrement. — Le pouvoir du prince est direct sur le contrat, et indirect sur l'administration du sacrement: direct sur le contrat, parceque le prince seul peut en régler la nature et les conditions; indirect sur l'administration du sacrement, parceque le contrat étant la matière du sacrement, si le contrat est nul, le sacrement n'a plus de matière à laquelle on puisse l'appliquer. — Le pouvoir de l'église, au contraire, est de sa nature uniquement renfermé dans ce qui regarde le sacrement; mais les princes chrétiens, ne souffrant pas que leurs sujets catholiques contractent aucun mariage qui ne soit revêtu de la dignité du sacrement, il s'ensuit de là, que de même que la nullité du contrat empêche que le sacrement ne soit conféré, aussi le défaut des conditions prescrites par l'église pour recevoir le sacrement, empêche que le contrat ne soit accompli; et c'est en ce seul sens que peut être tolérée l'opinion de ceux qui attribuent à l'église un pouvoir indirect sur le contrat. Je ne crois pas nécessaire d'observer que, par le terme de *contrat*, je n'entends pas parler des conventions matrimoniales, qui ne regardent que les biens, la dot, le douaire, la communauté, etc. J'entends ici, sous le nom de *contrat*, le consentement réciproque, la foi mutuelle des parties, en un mot, ce qui forme entre elles un lien, un engagement indissoluble. — Ce sont les principes reçus en France par ceux même qui ont écrit avec plus de modération sur ces matières, et qui ont témoigné plus de respect et de déférence pour la juridiction ecclésiastique. C'est sur ces principes qu'est fondée la doctrine constante de tous les parlemens du royaume, que *le prince a droit d'établir des empêchemens de mariage, non seulement prohibitifs*, comme parlent les canonistes, *mais même dirimans*. Il ne faut pas croire que ces empêchemens ne regardent que les effets civils du contrat; ils regardent l'essence et la substance du mariage, ils tombent sur la validité du consentement suivant lequel les deux parties s'engagent l'une à l'autre par un nœud que la mort seule peut rompre. Sans cela, il n'y aurait jamais eu de contestation entre les partisans aveu-

Source : BIU Cujas

gles de la puissance ecclésiastique et les défenseurs éclairés du droit des souverains, puisqu'aucun docteur, quelque prévenu qu'il fût en faveur de la juridiction ecclésiastique, n'a jamais osé nier que les effets civils du mariage ne fussent soumis à l'autorité du roi. — Si le prince a droit d'établir des empêchemens dirimans, par les lois générales qu'il fait dans son royaume, le magistrat doit avoir nécessairement l'autorité de juger de l'application et de l'effet de ces empêchemens dirimans dans chaque espèce particulière, et par conséquent de déclarer un mariage nul, même quant à l'essence du contrat; et comme la célébration est abusive lorsque le contrat qui lui sert de fondement, est nul et illégitime, le magistrat a droit de prononcer deux sortes de jugemens par rapport au mariage : le premier, par lequel exerçant le pouvoir direct qui appartient au prince sur le contrat, il déclare le mariage non valablement contracté; le second, par lequel exerçant ensuite le pouvoir indirect qui appartient au prince sur la célébration du mariage, il déclare qu'il a été mal, nullement et abusivement célébré; n'y ayant pas de plus grand abus que d'appliquer l'apparence de sacrement à ce qui ne mérite pas même le nom de contrat, et de supposer un mariage où il n'y a pas de consentement valable et autorisé par la loi. On peut même dire qu'en ce cas, il ne serait pas absolument nécessaire de recourir à la voie de l'appel comme d'abus, et qu'il suffirait de déclarer le mariage non valablement contracté; parceque ce contrat étant une fois anéanti ou plutôt déclaré nul, il est impossible que ce contrat ait jamais reçu la bénédiction du sacrement, qui, quoique le plus noble, n'est cependant que l'accessoire et comme le couronnement du contrat. — C'est par cette raison que tous les parlemens du royaume ne craignent point de prononcer sur la validité du mariage, par rapport au consentement considéré en lui-même, et indépendamment des effets civils. La forme et la manière ont varié : tantôt on s'est contenté de déclarer le mariage non valablement contracté; tantôt, suivant la formule ordinaire des arrêts qui interviennent sur les appels comme d'abus, on a dit qu'il avait été mal, nullement et abusivement procédé; tantôt enfin on a réuni ces deux prononciations, et en déclarant le contrat de mariage nul, on a en même temps déclaré la célébration abusive. Mais de quelque manière qu'on ait conçu le dispositif des arrêts, le fond de la décision demeure toujours le même; et il est vrai de dire que les magistrats se sont toujours maintenus en possession d'exercer, dans les cas particuliers, le même pouvoir que le prince exerce dans les lois générales sur les empêchemens dirimans du mariage. Ainsi, c'est sans fondement qu'on a laissé introduire, dans le parlement de Besançon, une distinction qui anéantit la puissance royale sur le mariage, en ne lui réservant que la connaissance des effets civils, et en abandonnant le reste à la puissance ecclésiastique : les maximes générales détruisent entièrement cette distinction. — Il reste une difficulté : c'est la contrariété qui se trouve souvent entre le jugement de l'official et celui des juges royaux. L'official déclare un mariage valable; le parlement le déclare nul quant aux effets civils. Les parties, incertaines de leur sort, ne savent si elles sont mariées, ou si elles ne le sont point; et si elles croient l'être en conscience, elles portent en secret le joug du mariage sans jouir d'aucun des avantages qui y sont attachés dans la société civile. — Cette difficulté cessera si on suit les maximes proposées. — 1° L'official sera obligé de se conformer dans ses jugemens aux ordonnances du royaume. C'est sous cette condition que le roi, et notamment par l'art. 12 de l'édit de 1606, permet aux juges d'église de connaître des causes de mariage : si les juges d'église suivent les mêmes principes que les juges royaux, leurs jugemens seront uniformes. — 2° Quand même il arriverait à l'official de s'écarter de ces principes dans quelque occasion particulière, le parlement sera toujours en droit de le réformer par la voie de l'appel comme d'abus qui sera interjeté par les parties, ou même d'office par le procureur général, et par-là, le parlement fera toujours cesser cette contrariété de jugement ».

[[On a déjà vu plus haut, §. 2, qu'il n'existe plus d'officialités. Du reste, *V. Empêchement*, et *Mariage*, sect. 7, §. 2.]]

3° *Les personnes consacrées au ministère ecclésiastique*, sont soumises naturellement à toutes les lois, à toutes les charges de la société civile, et à toutes les impositions comme les autres citoyens. Jésus-Christ a payé le tribut à César, et il en a fait une loi à ses apôtres.

C'est seulement en vertu des privilèges qui leur ont été accordés par les princes, que les évêques et les clercs sont exceptés de l'obligation de quelques lois, dispensés du service militaire et de certaines impositions. On voit par une lettre du pape saint Grégoire, qui forme le chap. *omnis anima*, tit. *de censibus*, aux Décrétales, que les fonds même du saint-siège n'avaient autrefois aucune exemption.

Pour montrer à quel point la personne des évêques est soumise aux rois, l'art. 13 de nos Libertés veut « que les prélats de l'église gallicane, encore qu'ils soient mandés par le pape, ne puissent sortir du royaume sans commandement de licence ou congé du roi ».

Pour que cette soumission des ministres de l'église ne puisse être altérée, pour montrer qu'ils sont citoyens avant d'être prêtres, l'art. 39 décide « que nul, de quelque qualité qu'il soit, ne peut tenir aucun bénéfice, soit en titre, soit à ferme en ce royaume, s'il n'en est natif, ou s'il n'a lettres de naturalité, ou dispense expresse du roi à cette fin, et que ses lettres n'aient été vérifiées où il appartient ».

Cet article a été étendu aux généraux étrangers des familles de religieux établis dans le

Source : BIU Cujas

royaume; ces supérieurs sont obligés d'avoir en France des vicaires généraux régnicoles. Il a été étendu aux évêques dont le siège est en pays étrangers, qui sont tenus d'établir des officiaux pour leurs diocésains français : l'archevêque de Trèves est seul excepté, en vertu du traité de Westphalie.

[[Il n'y a plus aucune partie du territoire français qui soit sous la juridiction d'un évêque étranger.]]

Si les ecclésiastiques commettent des délits dans leurs fonctions spirituelles, le roi n'en connaît que comme protecteur. Mais il n'en est pas de même des délits civils ; les registres du parlement sont remplis d'arrêts rendus sur ces matières : on connaît les procédures commencées contre les cardinaux de Châtillon, de Retz et de Bouillon, et la délibération commencée au parlement contre l'archevêque de Paris, Christophe de Beaumont. C'est l'esprit de l'art. 33 de nos Libertés, qui porte, que « le pape ne peut connaître des crimes qui ne sont purs ecclésiastiques, et non mixtes, à l'encontre des purs laïques, *mais bien à l'encontre des gens d'église seulement* » ; nos ordonnances et la jurisprudence constante établissent que ces dernières expressions ne sont rien moins qu'exclusives de l'autorité du roi.

Les religieux qui ont renoncé par leurs vœux à la société, et se sont dépouillés de leur volonté même, ne peuvent guère être regardés comme citoyens ; mais leurs communautés forment des corps civils, qui, soit à titre de fondations, d'union, de dîmes ou d'aumônes, possèdent des biens temporels. On ne peut les établir sans le concours de la puissance politique : le prince, comme protecteur, a droit d'empêcher toute innovation dans leur discipline ; il a droit d'examiner si leurs statuts sont conformes aux lois de l'église et de l'Etat, ainsi qu'aux véritables principes de l'institution religieuse. Ces corps tiennent en effet de lui seul leurs privilèges dans l'ordre civil; et leurs prérogatives, purement ecclésiastiques, sont sous sa protection. Ainsi, aux termes de l'art. 34, « les religieux mendians ou autres peuvent avoir recours aux officiers du roi, par réquisition de l'impartition de l'aide du bras séculier, et pareillement à la cour de parlement, quand il y a abus clair et évident, par contravention aux ordonnances royaux, arrêts ou jugemens de la cour, *ou statuts de leur réformation* autorisés par ladite cour, ou aux saints canons, conciliaires et décrets, desquels le roi est conservateur en son royaume ».

[[Par la même raison, la puissance séculière a le droit d'abolir tous les ordres religieux dans son territoire ; et c'est ce qu'a fait l'assemblée constituante, par la loi du 19 février 1790. *V. Profession monastique.*]]

4° *Les biens de l'église* sont sous la souveraineté du roi ; c'est de la permission des princes seuls que l'église tient la faculté d'en posséder.

Comme magistrat politique, le prince peut restreindre ce droit ; comme seigneur direct, il peut empêcher qu'au préjudice des droits de mutation, les fiefs et les censives ne passent à des gens de main-morte ; comme fondateur, il a droit de prescrire ce qui est nécessaire à l'exécution de ses fondations ; comme protecteur de l'église, il a droit d'empêcher que de trop grandes richesses n'entraînent les ecclésiastiques dans le désordre. De là, les lois civiles sur l'amortissement et sur les acquisitions des gens de main-morte.

Ces biens font partie de ceux du royaume, ils doivent contribuer aux charges publiques. Les bénéficiers, les corps qui les possèdent, sont sujets du roi : la plus grande partie de ces biens forme la dot des ministres du culte et de la morale, si essentiels dans l'État : le roi, comme magistrat politique et comme protecteur de l'église, a le plus grand intérêt à ce qu'ils soient conservés dans leur intégrité. C'est pour cela que, suivant les art. 28 et 29 de nos Libertés, le pape ne peut autoriser l'aliénation des biens ecclésiastiques sans le consentement du roi, du clergé, des titulaires, et sans garder les formalités prescrites par les ordonnances du royaume. On ne souffrirait pas non plus que le pape fît, comme autrefois, des levées de deniers, soit sur le peuple à titre d'aumône ou d'indulgence, soit sur le clergé à titre d'emprunt, ou autrement, si ce n'est de l'autorité du roi et du consentement du clergé.

[[Il y a plus : la puissance séculière a le droit de réunir au domaine public tous les biens de l'église. *V. Clergé*, §. 2.]]

Si ces maximes ne décident point expressément toutes les questions élevées sur le partage des deux puissances, elles y répandent au moins le plus grand jour.

§. IV. *De la puissance du pape dans l'église gallicane.*

La seconde maxime fondamentale de nos Libertés sur les bornes de la puissance des papes dans les choses spirituelles, sur la subordination du saint-siège aux conciles généraux, sur l'obligation spéciale du saint-siège, de se conformer, dans les constitutions qui concernent l'église de France, aux coutumes, aux usages particuliers de cette église, et aux canons qu'elle a reçus, n'est pas moins constante que la première.

Il n'est pas besoin d'autre exemple de la supériorité de l'église assemblée, sur le pape, que le premier concile de Jérusalem, dont les actes font partie du Nouveau Testament : il semble que les divines écritures aient, par-là, voulu mettre en garde l'église sur les prétentions que la cour de Rome a formées dans les siècles postérieurs.

Si saint Pierre eût dû exercer une souveraineté absolue dans le gouvernement de l'église, s'il eût cru que l'empire des clefs n'eût été donné qu'à lui

Source : BIU Cujas

seul, pourquoi assembler le collège des apôtres et des prêtres? Saint Pierre eût décidé seul le point de discipline qui faisait l'objet de ce concile ; cependant il se contente de dire son avis, comme les apôtres et les prêtres : il ne trouvait pas mauvais qu'on le réfutât ; et ce n'est point en son nom, mais en celui de toute l'assemblée des apôtres, des prêtres et des pères, que le jugement s'est porté : *visum est Spiritui Sancto et nobis.*

Mais il serait trop long de rapporter les preuves de la seconde maxime de nos Libertés; les savans Bonnet, Elie Dupin, Edmond Richer, ce fameux syndic de la Sorbonne, le célèbre Giannone ont épuisé tout ce que l'érudition et la raison peuvent rassembler sur cette matière.

C'est d'après la tradition la plus constante, que l'église gallicane n'attribue au pape ni l'infaillibilité, ni une puissance sans bornes dans le gouvernement de l'église ; elle reçoit les décisions des conciles généraux comme dictées par le Saint-Esprit; elle enseigne qu'on ne peut assembler de conciles généraux sans le pape, qui est le chef de l'église ; qu'il ne doit rien s'y conclure sans sa participation ; mais elle pense que le saint-siège est soumis lui-même au concile, tenu d'observer ses décrets et les canons qui y sont faits pour toutes les églises. C'est l'esprit de l'art. 4o de nos Libertés, et de l'art. 2 de la déclaration du clergé. Conformément à l'art. 3 de cette déclaration, non seulement il faut régler l'usage de la puissance apostolique, sur les canons faits par l'esprit de Dieu et consacrés par le respect général de tout le monde, mais les règles, les mœurs, et les constitutions reçues dans le royaume et dans l'église gallicane, doivent avoir leur force et vertu, et les usages de nos pères doivent demeurer inébranlables. Il est même de la grandeur du saint-siège apostolique, que les lois et les coutumes établies du consentement de ce siège et des églises, aient l'autorité qu'elles doivent avoir.

En passant à l'application de ces principes, on voit qu'il en résulte les conséquences suivantes.

1° L'église de France a, comme les autres églises, des usages, des coutumes, une discipline, qui diffèrent de ceux de l'église de Rome : elle a droit de les conserver.

2° Les lois de l'église et les décrets des papes n'obligent point parmi nous, s'ils ne sont reçus et approuvés par les évêques.

3° Les évêques sont juges essentiels en matière de foi et de discipline, même après que le pape a prononcé.

4° Ils ont droit de n'être jugés, relativement aux délits ecclésiastiques, que par les évêques de leur province.

5° Le pape ne peut exercer la juridiction contentieuse que par appel, et en déléguant des commissaires français sur les lieux.

6° Quant à ce qui appartient à la juridiction gracieuse et au for intérieur, le pape n'est point l'ordinaire des ordinaires ; il ne peut faire les fonctions des évêques dans leur diocèse sans leur consentement ; son autorité est limitée, même pour les dispenses et les exemptions.

7° Il a été mis un grand nombre de restrictions à la prétention du pape de disposer des bénéfices.

Reprenons ces différens points.

En premier lieu, la foi est une ; elle est toujours la même dans tous les pays et dans tous les temps : ce qui appartient au dogme n'est sujet à aucun changement ni à aucune réforme ; il ne peut y avoir aucune prescription contre les vérités que la foi nous enseigne. Mais à l'égard de la discipline, elle peut varier suivant les temps et les églises, sans préjudice à l'unité de la foi et de la communion. Saint Irenée écrivait à Victor, au sujet du différend de ce pape sur la célébration de la pâque, « qu'il y a eu, dès le temps qui a suivi celui des apôtres, des différences dans les églises, sans que cela ait interrompu entre elles la paix et la communion ; qu'il n'est pas juste d'excommunier des églises entières qui observent les usages qu'elles ont reçus de leurs ancêtres. Et ces différences ne sont pas seulement (ajoute-t-il), sur le jour de la célébration de la pâque, mais aussi touchant la forme du jeûne qui précède cette solennité ».

Plusieurs autres évêques écrivirent de la même manière au pape Victor, comme Eusèbe le remarque : *Victorem hortati sunt, ut ea potiùs sentire vellet, quæ paci et unitati congruebant : extant etiamnùm eorum litteræ quibus Victorem acerbiùs perstringunt.*

Dans la contestation touchant le baptême des hérétiques, le pape Étienne avait écrit à saint Cyprien, aux évêques d'Afrique, de Cappadoce et des provinces voisines, qu'il ne communiquerait plus avec eux, s'ils ne cessaient de rebaptiser les hérétiques. Les évêques soutinrent fortement leur usage, confirmé par plusieurs conciles. Firmilien, Denis d'Alexandrie, et saint Basile, en traitant la question, remarquèrent, « que non seulement sur ce sujet, mais encore sur plusieurs autres qui regardent les sacremens, on n'observait pas dans les autres églises, tout ce qui se pratiquait dans celle de Jérusalem ; qu'on ne s'était jamais éloigné pour cela de l'unité et de la paix de l'église catholique..... qu'il fallait suivre la coutume, et se servir de l'économie que les anciens avaient établie ». — *Una quæque*, dit également saint Jérôme, *provincia abundet in sensu suo, et præcepta majorum leges apostolicas arbitretur.*

C'est ce que nous trouvons ordonné par le sixième canon du concile de Nicée, qui porte « que les anciennes coutumes seront observées, et que les privilèges des églises leur seront conservés ». — C'est ce que recommande encore le canon 2 du concile de Constantinople ; « de peur (disent les pères), que, sous le prétexte de l'autorité du sacerdoce, le faste de la puissance mondaine ne se glisse dans l'église, et qu'on ne perde peu à peu

Source : BIU Cujas

la liberté que Jésus-Christ nous a donnée par son sang, lui qui est le libérateur de tous les hommes ».

L'église de France avait, dès le temps de Grégoire-le-Grand, des lois et des coutumes particulières. Ce pape, consulté par Augustin, apôtre d'Angleterre, « pourquoi, puisqu'il n'y avait qu'une foi, les coutumes des églises sont différentes, et que les offices se font autrement dans l'église romaine que dans celle des Gaules », répond, « que quoiqu'il sache les coutumes de l'église de Rome dans laquelle il a été élevé, l'avis qu'il lui donne est de choisir et d'établir dans l'église d'Angleterre ce qu'il trouvera de meilleur dans les coutumes de l'église gallicane et des autres églises ».

Ces coutumes et ces usages anciens, qui sont particuliers à l'église gallicane, ne peuvent être changés ni renversés par la seule autorité des papes, soit qu'ils aient été établis par les canons des conciles, soit qu'ils l'aient été par la tradition, par l'usage ancien, ou par une prescription légitime. L'auteur d'un écrit inséré dans le Recueil de nos Libertés, observe les inconvéniens qui résulteraient du contraire pour notre église : *Nihil indè provenire nisi Romanæ, non dico religionis, sed superbiæ et ambitionis auctio.*

En second lieu, non seulement les décrets du pape, mais encore toutes les lois de l'église, ne s'exécutent parmi nous qu'autant qu'ils sont reçus et approuvés par les évêques. L'église de France s'est toujours maintenue dans ce droit. Un décret du concile de Tours, de 461, modifia les décrets des papes Sirice et Innocent I; et au lieu de séparer de la communion les prêtres et les diacres qui ne gardaient pas le célibat, il prescrivit seulement qu'ils ne pourraient monter à un plus haut degré de cléricature, et qu'ils s'abstiendraient de leurs fonctions à l'autel, sans être privés de la communion.

C'est ainsi que les évêques de France se crurent en droit de ne pas suivre le second concile de Nicée, et qu'ils n'approuvèrent point quelques canons du huitième concile tenu à Constantinople, parceque l'autorité du roi y était blessée.

Hincmar répondit dans le synode de Troyes, qu'il recevait les décrétales du concile romain, qui étaient reçues et approuvées. — Et long-temps après, lorsque les décrets du concile général de Bâle furent présentés au clergé de France assemblé à Bourges, l'assemblée ordonna « qu'ils seraient premièrement vus et examinés, pour savoir ceux qu'il fallait recevoir simplement, et ceux qu'on ne devait accepter qu'avec de certaines modifications ou interprétations pour le bien public et conformément aux usages du royaume de France et du Dauphiné ». — Et ce ne fut qu'après avoir vu ces décrets, que cette assemblée jugea qu'il fallait en recevoir la plus grande partie, néanmoins avec certaines modifications, quoique en petit nombre : *Censuit eadem sacra congregatio, plurima ex ipsis decretis et statutis recipienda, cum certis tamen licet paucis modificationibus.*

Enfin, pour être convaincu que l'église de France s'est toujours maintenue en possession de ne recevoir les lois ecclésiastiques qu'après les avoir examinées et trouvées conformes à ses anciens canons, il suffit de se rappeler ce qui s'est passé sur la réception du concile de Trente : quoique la France approuvât les décisions de ce concile touchant la foi, comme conformes à l'ancienne doctrine de l'église, elle n'a jamais voulu recevoir ses décrets touchant la discipline, parcequ'elle les a crus contraires, en quelques points, à l'ancienne discipline, aux droits du roi, aux usages anciens de l'église et du royaume. Quelque envie qu'ait eue le clergé de France de faire recevoir ce concile, si favorable à la juridiction ecclésiastique, il n'en a demandé la réception qu'avec cette modification : *sans préjudice aux Libertés de l'Église Gallicane, aux droits du roi, et aux usages du royaume.*

C'est pour cela que l'église de France a constamment rejeté les différentes collections des canons faits pour favoriser l'autorité des papes, et que, selon l'art. 41 de nos Libertés, elle n'a pas reçu indifféremment tous les canons et épîtres décrétales, se tenant principalement à ce qui est contenu dans l'ancienne collection, appelée *corpus canonum.*

Elle a toujours condamné l'erreur des Ultramontains, qui soutiennent que le pape est infaillible; l'église gallicane déclare, au contraire, dans son quatrième article de 1682, « que quoique le pape ait la principale part dans les questions de foi, et que ses décrets regardent toutes les églises, et chaque église en particulier, son jugement n'est pas irréformable, si le consentement de l'église n'intervient ». — C'est ainsi qu'il est dit dans les actes des apôtres, que saint Pierre ayant favorisé par sa conduite la prétention de ceux qui voulaient obliger les gentils à l'observation des pratiques légales de la loi mosaïque, *saint Paul lui résista en face, parcequ'il était répréhensible, et qu'il ne marchait pas droit à la vérité de l'évangile.* — C'est ainsi que plusieurs autres papes ayant erré, l'église s'est aussitôt élevée contre leurs erreurs.

En troisième lieu, le consentement que les évêques doivent donner aux décisions des papes, ne consiste pas seulement dans un acquiescement simple : comme ils ont droit de rejeter ces décisions, c'est par forme de jugement qu'ils prononcent sur ces décisions, soit en matière de foi, soit en matière de discipline.

Indépendamment des textes de l'écriture qui établissent cette prérogative de l'épiscopat, l'église gallicane s'est constamment maintenue dans cette possession. Eusèbe de Césarée, dans le cinquième livre de son histoire, fait mention des jugemens que les chrétiens de France portèrent contre Montan. Il faudrait faire en entier notre histoire ecclésiastique, pour rapporter tous les jugemens de cette

Source : BIU Cujas

nature que nos conciles et de simples évêques ont rendus.

Cette question a été agitée dans les derniers temps; mais dans l'affaire de Jansénius, plusieurs évêques de France s'étant adressés directement au pape, sans en porter aucun jugement, de peur que ce fait ne fût tiré à conséquence, l'assemblée du clergé de l'an 1660, fit une déclaration portant, « que le Saint-Esprit avait donné aux évêques le pouvoir de juger des matières de foi qui sont ou manifestement hérétiques, ou mises en doute parmi les savans; mais que les désordres qui étaient survenus en ce temps-là dans diverses provinces de la France, ôtèrent le moyen aux prélats de pouvoir tenir commodément les conciles de cette sorte (provinciaux ou nationaux), et l'espérance de remédier aux maux par cette voie; que c'est pour cela que les évêques se sont adressés directement au pape Innocent X, qui avait jugé la chose par sa constitution, *que cette assemblée reçut par voie de jugement et sans préjudicier au droit des évêques, de juger en première instance des causes de foi* ».

Ainsi, suivant la délibération du clergé de France sur la constitution et sur le bref d'Innocent X, il fut « arrêté qu'on déclarerait *par voie de jugement*, donné sur les pièces produites de part et d'autre, que le clergé avait condamné les cinq propositions, *comme étant de Jansénius et au sens de Jansénius*, et que le pape serait informé *du jugement de l'assemblée* ».

Ainsi, sur les plaintes qui furent faites par des prélats de France à l'occasion du livre *des maximes des saints*, le jugement de cet ouvrage fut porté à Rome par son vertueux auteur même, qui en écrivit au pape; et les évêques de France, par déférence pour le saint-siège, attendirent son jugement: mais quand le pape eut condamné ce livre par son bref du 12 mars 1699, d'un côté Louis XIV, avant d'ordonner que ce bref fût reçu dans le royaume, l'adressa aux évêques, et fit tenir des assemblées provinciales dans tout le royaume, pour accepter ce bref avec connaissance de cause. — En conséquence, les évêques de chaque province s'assemblèrent et reçurent ce bref par voie de jugement et après avoir examiné la matière dont il s'agissait, en déclarant en même temps que cette acceptation ne porterait aucun préjudice au droit *qu'ils avaient de juger des causes de foi*, et de ne recevoir les jugemens du pape, qu'après les avoir examinés et trouvés conformes à la doctrine de l'église. — D'un autre côté, le bref ayant été porté au parlement de Paris, avec des lettres-patentes du roi, M. d'Aguesseau, alors avocat général, et depuis chancelier, après avoir adhéré au dogme qu'il renfermait, ajouta: — « Nous sommes obligés de conserver religieusement le dépôt de l'ordre public confié à notre ministère..... Le pouvoir des évêques, et l'autorité attachée à leur caractère *d'être juges des causes qui regardent la foi*, est un droit aussi ancien que la religion, aussi divin que l'institution de l'épiscopat, aussi immuable que la parole de Jésus-Christ même..... *Ils jugent toujours, soit que leur jugement précède, soit qu'il accompagne ou qu'il suive celui du premier siège* ». —En conséquence, conformément aux conclusions de ce magistrat, l'arrêt du parlement, du 14 août 1689, ordonna l'enregistrement du bref, sous la réserve, « que ce qui s'était passé au sujet de la constitution du pape, *ne pourrait préjudicier à l'ordre établi pour les jugemens ecclésiastiques, ni à la juridiction ordinaire des évêques;* comme aussi sans approbation de la clause du propre mouvement du pape, et de la défense de lire le livre condamné, même à l'égard des personnes qui ont besoin d'une mention expresse ».

Ainsi, en recevant la dernière constitution du pape Clément XI, les évêques de l'assemblée du clergé ont déclaré qu'ils la recevaient *par voie de jugement* et en conformant *leur jugement* à celui du saint-siège.

Enfin l'assemblée du clergé de l'an 1700 a fait une censure de plusieurs propositions de doctrine et de morale, qui a été publiée et reçue dans le royaume, sans que le pape ait été consulté, ni qu'il se soit plaint de ce jugement.

Nos évêques ont, à plus forte raison, le même droit pour les règlemens de discipline. Les conciles tenus dans les Gaules avant et depuis l'établissement de la monarchie, en sont des preuves authentiques; il n'y a point d'église où il se soit tenu tant de conciles et où l'on ait fait tant de règlemens et de canons sur la discipline, que dans l'église gallicane. Ces règlemens et ces canons ont été soutenus par la protection de nos rois, et exécutés à la rigueur. Les papes y ont eux-mêmes déféré; et quand ils ont voulu y changer quelque chose, ils ont trouvé dans les évêques de France, une fermeté inébranlable à les soutenir et à les défendre.

En quatrième lieu, il y a eu autrefois plus de difficulté sur le droit des évêques de n'être jugés, en matière de doctrine, que par le concile de leur province.

Dans toute l'église, suivant le plus ancien usage et les canons du concile de Nicée, le jugement des clercs et des évêques appartient au concile provincial.

Le concile de Sardique semble avoir donné quelque atteinte à cet ancien droit; mais les décrets de ce concile n'ont jamais été reçus en Orient; les évêques d'Afrique s'y sont opposés, et les autres églises d'Occident ne s'y sont soumises que fort tard; au surplus, ce concile, en accordant aux évêques qui se croient injustement condamnés, le droit d'avoir recours au saint-siège et de lui exposer leur cause, n'a conféré au pape que la prérogative, s'il jugeait que la cause dût être revue, d'ordonner qu'elle serait jugée et examinée de nouveau par un concile d'évêques tenu sur les lieux, où pourrait présider un légat *à latere*. Voici

Source : BIU Cujas

les expressions de ce concile : *Placuit, ut si episcopus accusatus fuerit et congregati episcopi regionis ipsius, de gradu suo eum dejecerint : si appellaverit qui dejectus et confugerit ad episcopum Romanæ ecclesiæ, et voluerit se audiri, si justum putaverit ut renovetur judicium vel discutionis examen ; scribere his episcopis dignetur qui in finitimâ et propinquâ provinciâ sunt, ut ipsi diligenter omnia requirant et juxta fidem veritatis definiant. Quòd si moverit episcopum Romanum ut de latere suo præsbyterum mittat. . . . , erit in suo arbitrio : si verò crediderit episcopis sufficere ut negotio terminum imponant, faciet quòd sapientissimo consilio suo judicaverit.*

Ce décret ne donne au pape que le droit de révision, lorsque les évêques ont été jugés en première instance par les métropolitains et par les évêques de la province ; et le pape ne peut user de ce pouvoir qu'en renvoyant sur les lieux aux évêques du pays.

C'est ce droit ancien que Grégoire VII, Innocent III et leurs successeurs ont voulu détruire, en attirant à Rome le jugement des évêques, même en première instance. L'église de France s'est toujours opposée à cette jurisprudence qu'on voulait introduire dans le royaume.

Cinq évêques de France, accusés de favoriser les erreurs de Luther, ayant été cités à Rome par Pie IV, pour y être jugés, le roi Charles IX en fit faire des plaintes par son ambassadeur Loisel : sur ses remontrances et protestations, le pape s'abstint de poursuivre le procès.

Mais il fit celui des évêques d'Uzès et de Valence, et envoya des lettres en France pour faire exécuter son jugement. Ces deux prélats en appelèrent comme d'abus, et obtinrent des lettres de Charles IX.

Depuis, le cardinal de Richelieu ayant fait donner par le pape des commissaires à M. Polverel, évêque de Sarlat, et à quelques autres évêques de France accusés du crime de lèse-majesté, pour les juger en France en première instance ; le clergé, qui vit le préjudice que cela portait à ses droits, en fit ses plaintes dans l'assemblée de 1650, écrivit au pape et aux évêques de France, pour témoigner qu'il désapprouvait cette procédure, et fit signifier une protestation au nonce contre ce qui avait été fait en cette occasion. Cette assemblée pria les évêques « de ne jamais recevoir de bref pareil à celui-là ; et dans le cas où l'industrie de quelques uns ou la mauvaise foi des officiers leur en ferait parvenir quelqu'un de cette sorte, elle les conjura, non seulement de ne pas les accepter, mais d'avertir au plutôt les archevêques et évêques de la province de l'évêque accusé, *afin qu'ils se saisissent de la cause, et qu'ils la jugent selon les conciles et la pratique de la sainte église*, réservant toujours les appellations au saint-siège, *comme les saints canons l'ordonnent* », c'est-à-dire, conformément aux décrets du concile de Sardique.

En cinquième lieu, dans toutes les affaires contentieuses qui peuvent être soumises à la juridiction ecclésiastique, les clercs et les laïques doivent être jugés, soit en première instance, soit en cas d'appel, sur les lieux mêmes.

Dans l'ancien droit, les clercs et les laïques, après avoir été jugés par leurs évêques, ne pouvaient avoir recours qu'au concile de la province : les Grecs leur permirent de s'adresser ensuite à l'exarque ou primat ; mais ce recours ne fut admis ni en Afrique, ni en Espagne, ni dans les Gaules ; il paraît au contraire, par le sixième canon du concile de Francfort, que les causes de tous les clercs devaient être terminées par le jugement du métropolitain et des clercs de la province.

Dans des temps postérieurs, les papes étaient parvenus à donner atteinte à cette ancienne discipline. L'abus fut réprimé par le concile de Bâle et par le pragmatique-sanction, qui ordonnèrent, « que dans les lieux éloignés de quatre journées de la cour de Rome, toutes les causes, à l'exception des causes majeures exprimées dans le droit, et celles des élections des églises cathédrales et des monastères, qui sont dévolues au saint-siège, auxquels ils sont immédiatement soumis, soient terminées et jugées sur les lieux par les juges à qui la connaissance en appartient par droit, par coutume ou par privilège ; et qu'en cas que quelqu'un se croie lésé par leur jugement, il n'en pourra appeler qu'au supérieur immédiat, et que la cause ne pourra être portée au pape, *omisso medio;* que s'il y a appel au saint-siège du jugement d'un juge qui lui est immédiatement soumis, la cause sera renvoyée à des commissaires sur les lieux, jusqu'à la fin du procès inclusivement, si ce n'est en cas de déni de justice, ou qu'il n'y ait lieu de craindre avec fondement qu'elle ne soit refusée même dans les lieux voisins, ce dont il faudra être assuré par d'autres preuves que par le jugement ».

Le concordat a encore porté plus loin les précautions, en ordonnant que les personnes mêmes soumises immédiatement au saint-siège, seraient jugées sur les lieux ; que les papes, en cas d'appel, y commettraient successivement d'autres commissaires, jusqu'à ce qu'il fût intervenu trois sentences conformes ; et que dans le cas de déni de justice, ou de juste crainte qu'on ne la refusât sur les lieux, le saint-siège ne pourrait que déléguer des juges dans les pays voisins.

Les décrets du concile de Trente, qui ont contrevenu à ces lois, ont excité les protestations de l'ambassadeur du roi à Trente ; ils sont un des motifs qui nous ont empêchés de recevoir ce concile. C'est dès-lors un principe inviolablement observé parmi nous, et qui nous est encore garanti par les art. 45 et 46 de nos Libertés, que le pape ne peut connaître en première instance des affaires ecclésiastiques ; et que, quand elles lui sont dévolues par l'épuisement de tous les degrés de juridiction, il est obligé de déléguer des commissaires sur les lieux.

Source : BIU Cujas

[[Tout cela est devenu sans objet par la suppression des officialités. *V.* ci-dessus, §. 2.]]

En sixième lieu, le pape n'est point ordinaire, et n'en peut faire les fonctions dans les diocèses ni sur les diocésains des autres évêques, sans leur consentement.

C'était anciennement un usage inviolable dans toute l'église, et consacré par une foule de canons, qu'un évêque ne peut faire aucune fonction épiscopale dans le diocèse d'un autre évêque, sans le consentement de cet évêque; qu'il ne peut ni ordonner ses clercs, ni faire aucun acte de juridiction sur les laïques qui en dépendent, ni recevoir à sa communion ceux qu'il aurait excommuniés, si l'évêque diocésain n'y consent. Nous suivons à la lettre la maxime du pape Grégoire-le-Grand, dans la soixante-dixième épître du septième livre : *Si unus universalis est, restat ne vos episcopi non sitis : si una unicuique episcopo juridictio non servâtur, quid aliud agitur, nisi ut per nos per quos ecclesiasticus ordo custodiri debuit, ordo confundatur ?*

Dans le concile de Limoges, tenu en 1034, sous Benoît IX, les évêques de France se plaignirent de ce que le pape absolvait injustement ceux qui avaient été excommuniés par leurs évêques. Ils déclarèrent, suivant Baronius, dans ses annales, « que l'autorité du pape pourrait confirmer, diminuer ou augmenter la pénitence qu'un évêque aurait infligée à son diocésain, si cet évêque l'avait à cet effet envoyé au pape; mais qu'il n'était permis à personne de recevoir du pape la pénitence et l'absolution, sans avoir consulté son évêque ». C'est ainsi, ajoutèrent-ils, « que les papes doivent confirmer, et non pas casser la sentence des évêques, d'autant qu'il est nécessaire que les membres suivent leur chef, et que le chef ne contriste point ses membres ».

Un évènement que rapporte encore Baronius, un des écrivains les moins suspects aux partisans de la cour de Rome, nous fera mieux connaître quel a été dans tous les temps l'esprit de notre discipline.

Un diocésain de l'évêque d'Angoulême ayant surpris le pape, avait obtenu des lettres par lesquelles le chef de l'église priait cet évêque de confirmer la pénitence qui lui avait été enjointe; mais l'évêque d'Angoulême ayant découvert la fourbe, jeta cet homme hors de l'église, en lui disant : « Je ne puis croire que vous ayez obtenu du pape le mandement qui ne vous servira de rien; c'est pourquoi vous demeurerez excommunié jusqu'à ce que vous receviez la pénitence de moi, ou de l'archidiacre de ce siège par mon ordre ».

C'est ainsi que le comte d'Anjou ayant voulu faire consacrer une église dans le diocèse de Tours par un délégué du saint-siège, malgré l'archevêque de cette ville, « les évêques de France l'ayant appris, eurent tous une égale horreur de voir que celui qui gouvernait le saint-siège apostolique violait le premier les règles canoniques, en ce que, par plusieurs anciens canons, il est arrêté et confirmé, *qu'aucun évêque ne doit rien entreprendre dans le diocèse d'un autre, si l'évêque de ce diocèse ne l'en prie ou ne le lui permet;* car quoiqu'on porte plus de respect à l'église de Rome qu'à toutes les églises du monde, à cause de sa dignité de saint-siège apostolique, *il ne lui est pas permis de transgresser les règles établies par les canons;* et comme chaque évêque de l'église catholique est l'époux du siège qu'il remplit, et que pour cette raison ils représentent tous uniformément Jésus-Christ, *il n'appartient à aucun de rien entreprendre hardiment dans le diocèse d'un autre* ».

Les évêques de France se sont toujours maintenus dans ce droit ancien de ne point souffrir que leur dignité épiscopale fût entamée par le pape ou par ses légats : toutes les fois que ceux-ci l'ont entrepris, ils s'y sont opposés avec succès, et les bulles des légats n'ont été vérifiées qu'à cette condition.

Ce n'est guère qu'à l'aide des exemptions ou par le moyen des dispenses, que les papes sont parvenus à exercer une juridiction gracieuse en France, ou à porter atteinte à celle des évêques.

Mais les papes ne peuvent accorder de dispenses que dans les cas où les évêques ont eux-mêmes les mains liées, et leur pouvoir à cet égard doit être réglé par les principes qui viennent d'être établis.

Dans l'ancienne église, les canons et les règles ecclésiastiques devaient être inviolablement observés : on pardonnait à ceux qui les avaient violés, quand ils témoignaient un sincère repentir : mais on ne permettait à personne de les enfreindre. Ce fut Pascal II, qui, le premier, crut pouvoir accorder à saint Anselme la permission de pouvoir tempérer la rigueur de ces lois en Angleterre, où la corruption des mœurs était très grande. Depuis ce temps, les papes ont été en possession de dispenser des canons : les Ultramontains ont cru qu'on ne pouvait limiter cette prérogative; mais nos Libertés y ont mis de justes bornes. Suivant l'art. 42, le pape « ne peut dispenser, pour quelque cause que ce soit, de ce qui est de droit divin et naturel, ni de ce dont les saints conciles ne lui permettent pas de faire grace ». Suivant les art. 51 et 64, il ne peut dispenser de l'exécution des statuts des chapitres, lorsqu'ils sont homologués, ni des lois qui fixent le temps des études des gradués pour les rendre capables de posséder des bénéfices, ou de jouir d'autres prérogatives; ni des canons qui ordonnent la restitution des fruits perçus indûment par les intrus.

Cependant il ne suffit pas, pour que la dispense du pape soit valable, qu'il ait eu le pouvoir de l'accorder; il faut encore qu'il y ait des causes et des raisons légitimes; car, quand il ne s'y rencontre ni nécessité urgente ni utilité, ce n'est plus une fidèle dispensation, mais une cruelle dissipation, dit saint Bernard.

Source : BIU Cujas

Aussi les dispenses doivent-elles être adressées aux ordinaires, ou autres supérieurs naturels, en ce qui concerne les exempts, pour les examiner et rejeter celles qui se trouveraient contraires au bien public, aux lois, et aux usages de l'église ou du royaume, ou données sans cause et sur de faux exposés. C'est pourquoi l'art. 27 de nos Libertés veut que les dispenses que le pape accorderait à des religieux mendians pour les rendre capables de posséder des bénéfices, n'aient point d'exécution, si elles ne sont revêtues de lettres-patentes. Charles VII, par son ordonnance de l'an 1453, avait enjoint à tous les juges du royaume de ne pas souffrir que ce dérèglement et cette superstition s'introduisissent dans le royaume. — Il en est de même de toutes les autres dispenses obreptices et subreptices, dont les évêques et les magistrats ont droit d'empêcher l'exécution.

A l'égard des exemptions par lesquelles les papes ont soustrait des communautés entières à la juridiction des évêques, l'art. 71 de Pithou met sous la sauve-garde de nos Libertés, celles « qui ont été autrefois octroyées par les rois et princes mêmes, ou par les papes à leur poursuite, et pour de très grandes et importantes considérations ».

Mais ce jurisconsulte est bien éloigné de regarder ces exemptions comme favorables; il remarque au contraire, « qu'on peut dire avec vérité que nul monastère, église, collège ou autre corps ecclésiastique ne peut être exemté de son ordinaire, pour se dire dépendre absolument du saint-siège, sans licence et permission du roi ». Cette règle doit être observée, soit qu'il s'agisse d'accorder de nouvelles exemptions, ou d'examiner celles qui ont été faites autrefois, quelle que puisse être leur antiquité.

[[Par l'art. 10 de la loi du 18 germinal an 10, « tout privilège portant exemption ou attribution de la juridiction ecclésiastique, est aboli ».]]

En septième lieu, c'était sur-tout dans la disposition et la collation des bénéfices, que l'autorité des papes était devenue plus excessive, et que les défenseurs de nos Libertés se sont attachés à diminuer le mal et à rétablir l'ordre jusqu'à un certain degré.

[[Mais tout détail sur cette matière serait inutile aujourd'hui, puisqu'il n'existe plus de bénéfices ecclésiastiques. *V. Bénéfice.*]]

Ce sont là nos Libertés; nous croyons les avoir établies fidèlement et avoir rendu un compte suffisant des principes dont elles résultent, ou qu'elles établissent.

Mais ce serait en vain que nos pères auraient combattu tant de siècles, avec tant de courage, pour nous transmettre ces précieuses Libertés, s'ils ne nous eussent en même temps conservé les moyens de repousser les atteintes qu'on pourrait y porter. Nous pouvons dire avec plus de confiance sans doute que ne faisait M. d'Aguesseau, que ces précautions peuvent paraître superflues, dans un temps aussi éclairé, aussi heureux, aussi tranquille que celui où nous vivons; mais nous ne devons pas moins nous mettre en garde contre les entreprises de l'ignorance ou de l'ambition. Ces moyens indiqués dans les art. 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81 et 82, sont les conférences amiables avec le saint-siège, par des ambassadeurs ou autrement, l'usage de ne permettre la publication des bulles et décrets de la cour de Rome, qu'après qu'ils ont été enregistrés au parlement, les appels simples au futur concile, au pape mieux informé, *aut ad eos ad quos pertinet;* les appellations qualifiées comme d'abus qui se jugent, dit Pithou, « non par personnes layes seulement, mais par la grand'chambre du parlement, qui est le lit et le siège de justice du royaume, composée de nombre égal de personnes tant ecclésiastiques que non ecclésiastiques, même pour les personnes des pairs de la couronne » — [[*V. Abus, Bref* et *Bulle.*]]

§. V. *Empire de nos Libertés dans les provinces réunies à la couronne depuis la pragmatique-sanction et le concordat.*

Les officiers de la cour de Rome, confondant les effets du concordat français et ceux des Libertés de notre église, ont long-temps prétendu restreindre l'empire de ces Libertés aux anciens domaines de la couronne; en conséquence, ils avaient divisé le royaume en deux pays différens; ils appelaient l'un, *patria reducta*, c'est le pays de concordat; l'autre, *patria obedientiæ*, ce sont les provinces qui ne sont pas soumises au concordat.

Mais ces qualifications ne sont pas justes: ce n'est ni de la pragmatique-sanction ni du concordat que dérivent nos Libertés; elles existaient avant les règlemens de Bourges, auxquels le concordat a fait un grand nombre d'exceptions. Si, en ce qui concerne les drois du pape et ceux des collateurs dans la collation des bénéfices, le concordat a établi une législation particulière pour les provinces qui faisaient alors partie du royaume; si, à cet égard, les provinces nouvellement réunies ont conservé des usages plus favorables au pape, et ne sont pas rentrés dans leurs droits primitifs; ces différences n'ont aucune influence sur les principes et sur le surplus de la discipline; et la tolérance sur cet objet ne donne pas aux officiers de la cour de Rome le droit d'exercer une puissance absolue dans ces provinces, ni de les soustraire à l'empire de nos Libertés.

Pour se convaincre de cette vérité, il ne serait pas même besoin d'examiner quelles ont pu être sur ce point les expressions de nos lois, les opinions de nos jurisconsultes et l'observance de ces provinces. Il est des principes immuables, qui, comme la loi naturelle, ont par eux-mêmes une autorité que les établissemens humains ne peuvent ni augmenter ni détruire.

Telles sont nos Libertés, qui résultent de l'essence du pouvoir du magistrat politique, et de la

Source : BIU Cujas

nature de toute hiérarchie religieuse. Si l'on veut approfondir ces deux institutions, on conviendra qu'il est nécessaire *qu'en ce qui concerne les choses temporelles, les chefs religieux ne puissent rien commander ni ordonner; et qu'à l'égard des choses spirituelles, la puissance absolue et infinie d'un pontife étranger n'ait pas lieu dans un royaume, mais soit retenue et bornée par les règles reçues dans ce royaume.*

Les différens articles de nos Libertés n'ont pas d'autre objet; chacun de ces articles est la conséquence immédiate de l'une de ces maximes; leur ensemble forme, contre toute espèce d'usurpations et d'entreprises de la cour de Rome, un système complet de défense, dont on ne peut abandonner une partie, sans ouvrir une brèche à des abus qui insensiblement pourraient miner et renverser toutes les autres.

Encore une fois, ces Libertés ne sont pas des concessions et des privilèges : ce sont les droits essentiels, primitifs, et inaltérables, sans lesquels une nation ne peut être véritablement indépendante. La Liberté d'un État ne serait qu'un vain nom, si les citoyens pouvaient être arbitrairement soumis aux commandemens d'un pontife, souverain étranger, si la religion du pays pouvait éprouver aucune altération, aucun changement, au gré de la volonté et des opinions d'un tel pontife; si les ministres de la morale et du culte, qui, parmi nous, ont tant d'influence dans les choses même profanes, étaient à la disposition d'un tel pontife et d'un tel souverain; si le pape, roi de Rome et collateur de tant de bénéfices, dont il donne les provisions dans le royaume, pouvait s'y faire des partisans sans nombre, en choisissant les titulaires de ces bénéfices parmi ceux qui s'adresseraient à lui; enfin, si tous les bénéficiers du royaume, pourvus par lui, étaient obligés de lui porter en tribut le première année des revenus qu'ils perçoivent sur le public et en vertu de fonctions publiques.

De semblables servitudes ne peuvent exister chez aucune nation, sans la dégrader et sans l'asservir, sans amoindrir et morceler sa souveraineté. Aussi les officiers de la cour de Rome n'ont-ils formé de telles prétentions qu'après avoir tenté de mettre en principe que la puissance des rois était subordonnée à celle des papes; que les papes avaient le droit de juger les rois et de les déposer; qu'infaillibles dans leurs décisions, ils jouissaient dans l'église d'un pouvoir supérieur à celui des conciles.

C'est de ces erreurs que les officiers de la cour de Rome avaient fait résulter, comme autant de corollaires, ces règles de chancellerie dont la plupart sont directement contraires à nos Libertés; ces règles d'après lesquelles les papes, évêques des évêques, auraient dans tous les diocèses le droit de choisir les ministres des autels; et maîtres absolus des biens de l'église, pourraient asservir tous les bénéficiers à l'annate et à d'autres taxes.

Un État ne peut adopter ces conséquences sans acquiescer aux maximes erronées qui y ont servi de fondement. Une province du royaume ne peut être sujette à de telles prétentions, sans être, à l'égard des papes, dans une dépendance que le nom français et la constitution de la monarchie ne comportent pas.

Qu'importe que, dans le fait, toutes les provinces du royaume aient joui ou non des mêmes droits? Il n'en est pas moins vrai que toutes ces provinces, dès le moment de leur réunion et de leur incorporation à un royaume indépendant de toute autre puissance, doivent, par la vertu de cette incorporation seule, jouir de tous les droits et de toutes les Libertés qui sont inséparables de cette indépendance. Ces provinces ne seraient pas véritablement françaises, elles ne feraient pas partie de la nation, si la réunion ne brisait tous les liens de cette servitude et de leur indépendance envers toute autre puissance et envers tout autre prince.

Voilà l'effet des principes constitutifs de toute Liberté : ces principes peuvent avoir été affaiblis, méconnus chez les autres nations; chez les Germains, par exemple, qui tant de fois ont conspiré avec le siège de Rome pour avilir, dégrader, et déposer leurs empereurs (1); mais ces principes n'en sont pas moins imprescriptibles. Ils n'ont pas besoin d'être promulgués de nouveau et remis en vigueur par des constitutions et des décrets; ils revivent par leur propre force, sur-tout dès que le pays où la faiblesse du gouvernement les avait fait perdre de vue, est réuni à une nation qui toujours a su se soustraire au joug sous lequel les autres peuples ont été asservis. C'est le retour d'un maître actif et clairvoyant, dont la présence fait cesser les abus qui, pendant sa longue absence, s'étaient introduits dans sa maison.

Ainsi, quand nos rois sont rentrés dans la souveraineté de l'Alsace et des trois évêchés, la juridiction illimitée qu'exerçaient les villes et les seigneurs ecclésiastiques et laïques, le droit de vie et de mort, celui de battre monnaie, celui de faire la guerre et la paix, une foule d'autres droits dont les évêques, les abbés, les villes, les simples hauts-justiciers jouissaient de temps immémorial, tous ces droits établis en leur faveur par les textes des coutumes, et autorisés par les diplômes des empereurs, ont cessé tout à coup sans l'intervention même du législateur.

Pour opérer une telle révolution dès l'instant de l'incorporation de ces provinces à la monarchie française, il n'a fallu que la vigueur de la constitution; et, au même moment, on a vu cesser tous les établissemens civils et politiques qui pouvaient être contraires à la souveraineté absolue et

(1) Voyez dans l'histoire chronologique d'Allemagne, les règnes de Henri IV, de Henri V, de Frédéric Barberousse, etc.

Source : BIU Cujas

sans partage du roi, et à l'indépendance de sa couronne; tous ces abus ont cessé d'eux-mêmes, quoique des prérogatives confiées à des sujets du roi domiciliés dans ses États, fussent bien moins dangereuses que celles qui auraient été usurpées au nom de la religion par un souverain étranger.

Les usurpations des officiers de la cour de Rome auraient-elles donc un caractère sacré, capable d'énerver toute cette puissance de nos lois, et de rendre illusoires ces grandes maximes de l'indépendance de la nation? Au contraire, les choses saintes et leur administration sont encore bien moins dans le commerce, que les choses profanes et que les différentes branches du pouvoir politique. Le temps, qui paraît avoir seul amené la constitution de tant de sociétés politiques, pourrait peut-être légitimer les abus qui s'y sont introduits; mais il n'en est pas ainsi de la constitution de la société chrétienne; c'est le Christ, ce sont les apôtres, ce sont les conciles généraux qui ont fixé les limites des différens pouvoirs qui composent la hiérarchie de l'église.

Toutes les institutions humaines, tous les efforts de l'ambition, de la cupidité et des autres passions, ne peuvent prévaloir contre ces saints décrets, ouvrages immuables de la Divinité: ni l'autorité des jugemens, ni le consentement des parties intéressées, ni l'ancienneté de la coutume, ne peuvent légitimer les infractions et les usurpations, ni empêcher le retour de la loi. Chacune des églises particulières, chacun des chrétiens qui les composent, sont autorisés à réclamer dans tous les temps contre ces abus, et à rentrer dans leurs droits. *Ad observantiam consuetudinis quæ sacris est inimica canonibus et de ambitionis radice procedit, etiamsi juramento firmata extiterit, nullus tenetur.* C'est ce que décidait Boniface VIII, (*in*-6° *lib.* 1, *tit.* 4, *cap.* 1.), ce pape si célèbre cependant par ses entreprises contre l'église et contre les rois. — *Privilegia*, disait un autre pape, *sanctorum patrum canonibus constituta et venerabilis Nicænæ synodi fixa decretis, nullâ possunt novitate mutari.* (*Leonis Ep. ad Marcianum.*)

C'est sur-tout lorsque la longue infraction introduit la simonie, le trafic des choses saintes, et l'exaction des sommes d'argent pour la collation des bénéfices, c'est alors que les canons s'empressent de proscrire cet usage abusif: non seulement ils improuvent une pareille coutume, *quâ aliquid exigitur pro rebus spiritualibus, sive priùs, sive post illarum collationem;* mais ils veulent qu'on n'y ait aucun égard: *Consuetudo justificare nequit simoniam, jure divino prohibitam, nec etiam quam jus ecclesiasticum vetat, si contra eam reclamet ecclesia.* (*De consuetudine, c.* 15, *causa* 1, *quest.* 3.)

Ce n'est donc pas manquer à la religion, ni enfreindre ses lois, que de réclamer contre des usurpations et des abus, qui, étant introduits contre l'institution même de Jésus-Christ et contre les décrets des conciles, ne peuvent jamais acquérir de prescription légitime. C'est au contraire rendre la religion plus pure, plus conforme à l'esprit de l'évangile, et la rapprocher davantage de l'esprit des premiers temps. « On doit plutôt, dit l'abbé Fleury (12e *discours sur l'Histoire ecclésiastique*), se faire conscience de mépriser les conciles et l'autorité de l'église universelle, que de ne pas attribuer au pape tout ce que ses flatteurs lui donnent depuis deux cents ans: la flatterie et la complaisance servile sont des vices odieux; la liberté et le courage sont des vertus chrétiennes qui font partie de la piété ».

Mais s'éloigner d'une complaisance servile envers les papes, et préférer d'obéir aux décrets de conciles et à l'autorité de l'église universelle, ce n'est pas autre chose qu'adopter les Libertés de l'Eglise Gallicane, puisque ces Libertés ne sont que les restes du droit commun qui s'observait dans l'église universelle, avant les usurpations et les prétentions de l'église de Rome. Bien loin d'être ni un plan de rébellion contre l'église, ni des exemptions contraires aux règles, ni de pures graces de la libéralité du saint-siège, elles ne sont que l'ancienne pratique de l'église universelle; et si on les appelle Libertés de l'Église Gallicane, c'est comme dit encore l'abbé Fleury, « parceque l'église gallicane s'est mieux défendue que les autres, du relâchement de la discipline introduit depuis quatre ou cinq cents ans, et a résisté avec plus de force aux entreprises de la cour de Rome, parceque la théologie a été enseignée plus purement dans l'université de Paris que par-tout ailleurs, et que la puissance des rois de France, qui est la plus ancienne et la plus ferme de la chrétienté, les a mis en état de mieux protéger l'église ».

Aussi nos rois ne se sont-ils pas contentés de perpétuer ces maximes dans le royaume; ils en ont réclamé l'observation au nom et en faveur de toute l'église, à Constance, à Bâle, à Pise et à Trente, dans tous les lieux et toutes les fois que l'occasion s'en est présentée.

Le motif de cette réclamation n'a pas été d'accoutumer les autres peuples aux mœurs et aux usages de leur nation; mais c'est qu'occupant le rang le plus distingué dans l'église catholique, nos rois ont regardé comme le plus saint des devoirs de protéger la constitution de cette église, et de veiller avec zèle à ce que sa discipline fût en tous lieux conservée dans sa pureté.

Et tandis que nos rois s'efforçaient d'assurer à toutes les nations chrétiennes l'avantage de nos Libertés, comment auraient-ils permis que les États nouvellement unis à leur empire, restassent soumis à des servitudes contraires à ces Libertés? On ne les a pas vus (dira-t-on), rendre des édits et des ordonnances pour faire proclamer ces Libertés dans les lieux de leur conquête: mais ces Libertés n'étaient-elles pas suffisamment établies par les lois antiques, que rien n'avait abrogées ni pu abroger? Mais le premier acte de législation de nos rois, dans toutes

Source : BIU Cujas

les provinces, n'a-t-il pas été d'y faire publier des indults qui assuraient à la couronne la nomination des bénéfices majeurs que les papes s'étaient attribuée ; et ces indults que nos rois ont bien voulu consentir de prendre du saint-siège, avec quelles précautions leur ont-ils donné la sanction légale? C'est en manifestant qu'il leur était apparu que ces indults *n'avaient rien de contraire aux saints décrets, droits de la couronne, privilèges et Libertés de l'Église Gallicane.*

Les indults pour le Roussillon, pour la Flandre, pour l'Artois, la Franche-Comté et les Trois-Évêchés, contiennent tous cette disposition qui subordonne l'effet des indults à celui de nos Libertés.

A quoi bon ce rappel formel de nos Libertés, cette confrontation préliminaire du décret des papes à nos Libertés, cette garantie stipulée par nos lois que ces indults ne contiennent rien de contraire à nos Libertés, si nos rois n'eussent pas toujours regardé comme un principe incontestable, que nos Libertés sont autant le droit commun des provinces nouvellement réunies à la couronne, que celui des provinces de son ancien domaine?

Qu'importe si, dans quelques provinces nouvellement réunies à la couronne, certains particuliers craignant les frais de longues contestations, ont continué de se conformer aux usages abusifs introduits par les officiers de la cour de Rome, et proscrits par nos Libertés? Le roi et ses parlemens ont sans doute ignoré ces abus, ou, pour ne pas effaroucher des consciences superstitieuses et timorées, ils les auront, si l'on veut, tolérés tacitement : mais que conclure de ce silence, lorsque les décisions données par les papes à la prière de nos rois, lorsque les lois faites par nos rois eux-mêmes dans les matières ecclésiastiques, n'ont été envoyées dans ces provinces et n'y ont été enregistrées qu'avec la clause la plus expresse de l'exécution de nos Libertés? Que conclure, encore une fois, d'un pareil silence, lorsque toutes les contestations qui se sont élevées dans ces provinces, sur des objets prévus par nos Libertés, ont toujours été décidées conformément à ces Libertés, soit au conseil de nos rois, soit dans les cours souveraines?

L'erreur, la pusillanimité des particuliers ne peuvent anéantir ni le droit public ni la Liberté de la patrie, sur-tout lorsque cette Liberté, ce droit public sont consacrés par des lois aussi éclatantes et par des monumens aussi authentiques.

C'est ainsi qu'un arrêt du parlement de Flandre, du 22 décembre 1703, faisant droit sur les conclusions du procureur général du roi, a fait défenses aux avocats et à tous autres de dire que la Flandre est un *pays d'obédience.*

La Lorraine est, à l'exception de la Corse, la province la plus récemment réunie au royaume. Cette province était d'autant plus asservie, que ses ducs mettaient à profit les usurpations et le crédit de la cour de Rome, pour procurer de riches bénéfices à leurs fils et à leurs frères : un des derniers ducs avait même souffert une lutte indécente entre sa cour souveraine et l'official d'un évêque voisin. Ce Léopold, d'ailleurs si recommandable, avait paru ployer sous le joug du pape, qui avait condamné quelques articles de son Code civil ; il avait fait une nouvelle édition de ce Code, dans laquelle ces articles ne se trouvaient plus. La Lorraine, sous ses ducs, était, si l'on en croyait les prétentions de la cour de Rome, sa conduite et celle de quelques évêques diocésains, un vrai pays d'obédience.

Cependant cette province n'était pas encore réunie effectivement à la couronne, qu'un magistrat qui long-temps s'était distingué au barreau de Nanci (M. Thibaut, procureur général de la chambre des comptes de Bar), examina la question de savoir *si la Lorraine devait participer aux Libertés de l'Église Gallicane ;* et ce magistrat décida que cette province devait participer à nos Libertés.

Il se fit l'objection, que ce pays n'a ni concordat ni privilège ; et il répondit : c'est une raison de plus pour que ce soit un pays de Libertés ; tout privilège est inutile quand on réclame le droit commun.

Ce magistrat, aussi instruit dans la pratique que dans la théorie, nous atteste ensuite, que le roi Stanislas a fait rentrer cette province dans ses anciens droits, privilèges et Libertés à chaque occasion qui s'est présentée, et que le parlement de Nanci n'en a laissé échapper aucune pour conformer sa jurisprudence à celle du royaume. (*Histoire des lois et usages de Lorraine dans les matières bénéficiales.*)

Le roi Louis XV avait dès-lors ainsi décidé contre lui-même et contre le roi Stanislas, son beau-père : il s'agissait des prieurés conventuels ou en commande ; Clément XII avait spécialement compris ces bénéfices dans l'indult pour la Lorraine ; ils l'étaient d'ailleurs dans les règles de chancellerie ; et la possession était conforme ; elle était prouvée par des actes sans nombre, par des jugemens solennels.

Soit qu'on exécutât l'indult à la lettre, soit qu'on voulût l'interpréter par les règles de chancellerie romaine, ou par la possession, le droit de nomination de nos rois, exerçant celui des papes, était incontestable ; mais il était insoutenable, si l'on recourait à nos Libertés.

C'est ce que fit le roi Louis XV : il décida, d'après l'avis unanime du conseil des dépêches, que l'indult n'avait pu donner à la couronne un pareil droit; et un des motifs du résultat du conseil, adressé par M. le chancelier d'Aguesseau au roi Stanislas, fut « que ce droit n'était fondé que sur des réserves de la cour de Rome, qui n'avaient jamais été autorisées dans le royaume ». Ce principe, ainsi consacré pour la Lorraine, ne doit pas

Source : BIU Cujas

faire de difficulté pour les provinces plus anciennement réunies.

D'ailleurs, c'est une vérité incontestable, que toutes ces provinces, sous l'Empire romain, sous les première et seconde races, et même sous la troisième de nos rois, ont fait partie de l'église gallicane. Pendant ce long intervalle de temps, ces provinces ont participé à nos Libertés : à la vérité, elles ont été éclipsées pendant plus ou moins de temps du domaine de la couronne : mais dira-t-on que cette séparation éphémère suffit pour renverser les droits de ces peuples à nos Libertés, et pour les réduire sous le joug des servitudes ultramontaines? Alors, pour être conséquent, il faudra convenir qu'à plus forte raison, le fait seul du retour de ces provinces à la couronne, a dû suffire également pour effacer jusqu'aux vestiges de cette servitude passagère, et pour faire rentrer ces provinces dans tous les droits et Libertés dont elles jouissaient lorsqu'elles faisaient partie du royaume.

C'est non seulement ici le principe qui veut que l'accessoire prenne la nature du principal, et que la partie cède aux lois du tout; c'est non seulement le principe en vertu duquel le passage de la servitude à la Liberté est bien plus favorable que celui de la Liberté à la servitude; mais c'est le droit de retour à l'ancien état, ce droit de *postliminium* que le droit public de toutes les nations a consacré : *Postliminium est jus amissæ rei recipiendæ ab extraneo, et in statum pristinum restituendæ, inter nos ac liberos populos regesque legibus et moribus constitutum.... Idque naturali æquitate introductum est, ut quod per injuriam ab extraneis detinebatur, is ubi in fines suos rediisset, pristinum jus suum reciperet.* (Loi 19, *pr.*, D. *de captivis et postliminio.*)

Ainsi, plus on prétendra que les lois étrangères sous lesquelles ces provinces ont été réduites, leur auront fait perdre de droit à nos Libertés, plus on sera obligé d'avouer que leur retour à la couronne a dû leur faire recouvrer leur Liberté primitive. Il faut donc effacer tout le temps pendant lequel ces pays ont été soumis à une domination étrangère; il faut effacer les traces des abus, restes funestes de cette captivité : tout a été rétabli dans l'état primitif; et la réunion a rendu ces provinces aussi françaises que le surplus du royaume.

C'est donc un principe incontestable que celui de l'empire de nos Libertés sur ces provinces.

[[C'est sur ce principe qu'est fondé le décret impérial du 1er octobre 1807, lequel porte :

« Art. 1. Les diocèses des États de Parme et de Plaisance feront partie de l'église gallicane.

» 2. Le concordat passé entre nous et le saint-père, le 26 messidor an 9, sera publié dans ce pays, pour servir de règle et de loi ».]]

V. le Traité des Libertés de l'Église Gallicane de Pithou, avec le commentaire de Dupuis, et la préface de Lenglet du Fresnoy; les Preuves des Libertés de l'Église Gallicane; Pierre de Marc, a *dissertationes de concordiâ sacerdotii et imperii, seu de Libertatibus ecclesiæ gallicanæ*, édition de Baluze; la Défense de la déclaration du clergé en 1682, par Bossuet; le Traité de l'autorité ecclésiastique et de la puissance temporelle, conformément à la déclaration du clergé de France, par Dupin, édition de l'abbé Dinouart; *Ludovici Dupin, dissertationes historicæ de antiquâ ecclesiæ disciplinâ;* le Traité de l'autorité des rois touchant l'administration de l'église, par M. Talon (sous le nom de M. Levayer de Boutigny); l'Apologie des jugemens rendus en France contre le schisme (par MM. Mey et Mauttrot); Van-Espen, *de recursu ad principem;* Salgado, *de regiâ protectione, et de supplicatione à litteris apostolicis, et earum retentione;* Duaren, *defensio pro Libertate Ecclesiæ Gallicanæ adversùs Romanam aulam;* l'Histoire ecclésiastique de l'abbé Fleury, et en particulier son douzième discours sur les Libertés de l'Église Gallicane; l'Exposition de la doctrine de l'église gallicane, par Dumarsais; les Remontrances du parlement de Paris, avec la tradition des faits en 1755; le Traité du gouvernement de l'église et de la puissance du pape, par rapport à ce gouvernement, par de Huntem, sous le nom de *Febronius*; les Pouvoirs légitimes du premier et du second ordre dans l'administration des sacremens et gouvernement de l'église, par Travers; la Puissance du pape, par Barclay; les Œuvres de Gerson et de Dumoulin; l'Histoire de Naples, par Giannone; Edmond Richer, *demonstratio libelli de ecclesiasticâ et politicâ potestate;* les Droits des souverains défendus contre les excommunications et interdits des papes, par Fra-Paolo-Sarpi; Gerbais, *de causis majoribus;* le Traité du renversement des Libertés de l'Église Gallicane; les Principes sur l'essence et la distinction des limites des deux puissances; l'Arrêt du parlement de Provence, du 2 mai 1768, avec le réquisitoire de M. Le Blanc de Castillon; les Consultations sur l'exercice de la juridiction ecclésiastique, appelée gracieuse ou volontaire; les nos 6956, 7676 de la Bibliothèque historique de France, par le père Lelong; les Observations sur l'histoire de France par Mably; et les articles *Concordat*, *Pragmatique-Sanction*, *Mariage*, *Vœux*, etc. (M. HENRY. *)

[[LIBERTÉS ET LIBRES COUTUMES. Ces termes, qu'il ne faut pas confondre, sont employés très fréquemment dans les anciennes chartes; et l'on est souvent embarrassé sur leur signification.

Sous les premiers rois de France, on appelait coutumes, *consuetudines*, tous les impôts auxquels les voyageurs étaient assujettis envers le fisc, pour l'entretien des ponts et des bacs. C'est ce que prouve un capitulaire de 864, rapporté par Baluze, tom. 2.

Ces impôts conservèrent la même dénomination, lorsqu'ils passèrent aux seigneurs, sur la fin de la deuxième race.

Habitués à cette expression, quelques seigneurs l'étendirent aux redevances, aux corvées et aux

Source : BIU Cujas

autres prestations qu'ils imposaient à leurs vassaux. Nous en trouvons la preuve et l'exemple dans les *Annales des Bénédictins*, à l'appendice, tom. 5, pag. 621; et comme le fait voir une ancienne chronique insérée dans le *Spicilège* de d'Achery, tome 1, pag. 575, lorsqu'ils inféodaient ou acensaient quelques parties de leurs domaines, ou ils se réservaient les *coutumes* dont elles étaient grevées envers eux, et ils les cédaient avec ces *coutumes*, ou ils déclaraient qu'ils seraient exempts de *coutumes*.

Bientôt cette dénomination fut attribuée même à l'exemption des droits qu'elle désignait uniquement dans le principe. Cela vient de ce que, pour accorder cette exemption, les seigneurs, au lieu de dire, comme ils faisaient ordinairement, qu'on ne leur paierait aucune coutume, *sine redhibitione ullius consuetudinis*, prenaient un autre tour, et déclaraient concéder telle coutume, *hanc consuetudinem concedimus*, ce qui était vrai dans un sens, puisqu'on est, en quelque sorte, censé percevoir sur soi-même, ou du moins confondre dans sa propre personne, les droits qu'on est exempt de payer à un autre.

Mais cette double signification du mot *coutume* donna lieu à des equivoques. Pour les éviter, on adopta l'expression *Liberæ Consuetudines*, Libres Coutumes.

Cette expression ne doit pas toujours être confondue avec celle de *Libertates*, Libertés; et ce n'est guère que quand elles sont réunies, qu'elles peuvent être considérées comme synonymes.

Ducange donne à ce dernier mot deux sens différens. Il dit, — 1° que relativement aux communes, *Libertas* doit être rendu en français par le terme de *franchise*, et qu'il désigne l'arrondissement du lieu dans l'étendue duquel les habitans jouissent de la Liberté, du privilège et du droit de cité : *Districtum loci alicujus intra quem incolæ Libertate, privilegio ac jure civitatis gaudent*; — 2° que quelquefois on entend par *Liberté*, une prestation qui se paye en reconnaissance de la garde et de la protection : *Libertas est præstatio quæ pro tuitione datur.*

Quelquefois *Liberté* est employé dans un sens plus étendu, et il répond tantôt à *privilège*, tantôt à *concession*. C'est ce que nous voyons dans Bracton, liv. 2, ch. 24, lorsqu'il retrace la manière dont une commune ou un particulier troublés, soit dans la perception, soit dans l'exemption, des coutumes pour lesquelles le gouvernement leur a accordé une *Liberté*, doivent se pourvoir pour se maintenir dans la jouissance de leurs droits : *Item esto*, dit cet auteur, *quòd dominus rex concesserit aliquam Libertatem, ut si alicui universitati, sicut civibus, vel burgensibus, vel quibus aliis quod mercatum habeant, vel feriam in villâ suâ, civitate, vel burgo, vel consuetudine capiat et theolonia, et quieti sint per totum regnum in terrâ et mari de theolonio dando; si quis contra hujusmodi Libertates illum quibus concessæ fuerint, gravare vel vexare præsumpserit, summoneatur quòd sit coram rege vel ejus justiciario indè responsurus.*

De là vient que, dans quantité d'anciens titres, les *Libertés* sont prises pour des droits utiles que les seigneurs avaient obtenus du chef du gouvernement d'alors, et dont l'exercice leur appartenait par concession. Ainsi, un seigneur appelait *dénombrement de ses Libertés*, ce qui n'était qu'une énumération de ses droits. On a imprimé à Londres, en 1722, un dénombrement du duché de Richemont de la fin du treizième siècle, qui est ainsi intitulé : *Clameum Libertatum comitis Richemundiæ.* (Regist. honor. Richemond., pag. 89.)

Sous ce point de vue, *Liberté* répond à *coutume*, comme le genre à l'espèce; et c'est pourquoi on trouve un grand nombre de titres par lesquels certaines terres sont cédées, *cum omnibus Libertatibus et consuetudinibus suis*, ce qui signifie bien clairement qu'on les donne avec tous les droits utiles qui y sont attachés, et notamment tous les impôts qui s'y perçoivent sous le nom de *coutumes*.

Il en serait autrement si, par l'acte de concession, la terre était donnée *cum Libertatibus et Liberis Consuetudinibus suis* (avec ses Libertés et Libres Coutumes); car, dans ce cas, les mots *Libres Coutumes* ne pouvant s'entendre que des exemptions anciennement accordées aux habitans de la terre, il faudrait nécessairement interpréter de même l'expression *Libertés*; et alors, la clause dont il s'agit, ne serait qu'une réserve des privilèges et des franchises des habitans de la terre concédée.

Ceci suppose que le terme de *Libres Coutumes* est essentiellement exclusif de toute idée de redevances ou servitudes : c'est effectivement ce que nous avons annoncé plus haut; et si la chose a besoin de preuves, en voici une sans réplique.

Vers l'an 1104, les abbé et religieux de Saint-Vaast d'Arras se plaignirent à Louis-le-Gros, que Philippe son père avait déjà fait désigner roi, de ce qu'un seigneur avait établi de mauvaises coutumes, *pravas, inusitatas consuetudines*, dans le domaine que leur église possédait à Angicourt, et qui a formé depuis un prieuré. Louis fit assigner les deux parties pour comparaître devant lui à Compiègne. Le seigneur reconnut ses torts; et forcé par l'autorité et la justice du prince, *justitiâ nostrâ cogente*, il permit que les coutumes dont il s'agissait, fussent libres, *præfatas consuetudines liberas esse permisit*, c'est-à-dire, déclara les religieux exempts et libres de toutes coutumes. (*ampliss. collect. D. Marten.*, tom. 1, pag. 603.)

LIBRAIRE. C'est celui qui vend des livres. *V. Anonyme*, *Contrefaçon* et *Liberté de la presse.*

LICENCE. *V. Université.*

[[LICENCE POUR DÉBIT DE TABACS. *V. Tabac.*]]

[[LICENCE POUR PÊCHE. *V. Pêche*, sect. 1, §. 1, n. 1.]]

* LICITATION. Ce mot se dit de la vente au plus offrant et dernier enchérisseur, d'une maison, d'un héritage qui appartient en commun à plusieurs co-

Source : BIU Cujas

héritiers ou copropriétaires, et qui ne peut se partager commodément.

[Nous parlerons d'abord de l'origine de la Licitation, des cas et des pays où elle a lieu. — Nous détaillerons ensuite les règles qui doivent diriger une procédure en Licitation.— Enfin, nous examinerons quels sont les effets de la vente par Licitation, relativement à l'héritier adjudicataire, à ses créanciers, à ses cohéritiers, aux droits seigneuriaux, et aux droits de contrôle et de centième denier, [[aujourd'hui d'enregistrement.]] — Quant à la question de savoir si une vente par Licitation peut être rescindée pour cause de lésion, et dans quels cas elle peut l'être de ce chef, elle est déjà traitée au mot *lésion*.

§. I. *Origine de la Licitation. Cas et pays où elle a lieu.*

I. La pratique des Licitations est fort ancienne : nous la tenons des Romains, presque en tout nos modèles et nos maîtres; et il est vraisemblable qu'ils la tenaient eux-mêmes des Grecs.

On en trouve les principes dans la loi des Douze Tables, dans le livre de l'Édit Perpétuel, dans les titres du Digeste et du Code *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*.

Ces principes peuvent se réduire à cinq.

1° La Licitation n'est point une vente, mais une manière de partager, un des effets de l'action *communi dividundo*; c'est, en un mot, le complément du partage. *Communi dividundo judicio consiste*, intentez l'action de partage (dit la loi 1, *communi dividundo*, au Code); *et eâ actione universum prædium, si Licitatione viceris, consequeris*, par cette action, vous deviendrez propriétaire de tout le fonds commun, si, lors de la Licitation qui en sera faite, vos enchères surmontent celles des autres; *quòd si divisio prædii, sine cujusquam injuriâ, commodè fieri potuerit*, mais si le bien peut être divisé commodément et sans nuire à personne, *portionem suis finibus tibi adjudicatam possidebis*, vous possèderez à part et vous ferez séparer par des bornes le lot qui vous aura été adjugé. — On voit donc bien que l'action appelée en droit *communi dividundo*, a deux fins, la division et la Licitation; l'une et l'autre étant également l'effet de l'action en partage, sont donc également deux manières de partager.

2° La Licitation a lieu, non seulement entre cohéritiers, mais entre colégataires, codonataires, coacquéreurs, en un mot entre tous les associés et les communiers de quelque manière que la société ou la communion ait commencé : *inter coheredes et socios nihil interest cum societate vel sine societate res inter aliquos communis sit; societate res communis est, veluti inter eos qui pariter eamdem rem emerant; sine societate communis est, veluti inter eos quibus eadem res testamento legata est.* (Loi 2, D. *communi dividundo*.)

3° La Licitation peut avoir lieu toutes les fois que la chose commune ne peut pas se partager commodément : *si divisio prædii sine cujusquam injuriâ commodè fieri potuerit.... Cùm commodè dividi aliquis ager inter socios non potest.* (Loi 1 et 3, C. *communi dividundo*.)

4° La Licitation doit se faire pardevant les délégués du préteur; *prætor arbitros tres dato*. Ce sont les termes de l'édit perpétuel.

5° Les étrangers peuvent quelquefois être admis à enchérir avec les copropriétaires : *ad Licitationem nonnunquàm extraneo emptore admisso, maximè si se non sufficere ad justa pretia alter ex sociis sud pecuniâ vincere viliùs licitantem profiteatur.* (Loi 3, C. *communi dividundo*.)

Tels sont les principes que les Romains nous ont laissés sur cette matière; on va voir comment ils ont passé dans nos mœurs.]

II. Parmi nous, comme à Rome, pour être en droit de provoquer la Licitation d'un héritage ou de tout autre immeuble, il n'est pas nécessaire qu'il y ait impossibilité physique de le partager; il suffit qu'on soit convenu de ne point partager la chose, ou qu'en la partageant, il puisse y avoir de l'incommodité ou de la perte pour quelqu'un des copropriétaires.

Le parlement de Paris a même jugé, par arrêt du 31 janvier 1742, que, quoiqu'une sentence qui avait ordonné que des copropriétaires jouiraient par indivis d'un héritage qui ne pouvait pas se partager, eût été exécutée volontairement pendant quarante-cinq ans, l'un d'eux n'était pas moins fondé à demander que cet héritage fût vendu par Licitation.

On a agité la question de savoir si un coseigneur était en droit de demander la Licitation d'un fief dont la justice et les droits incorporels, honorifiques ou utiles étaient indivis, mais dont le domaine principal pouvait commodément se partager. Le juge de Mazarin avait prononcé l'affirmative sur la demande de M. l'évêque de Vandières, propriétaire de 318 portions dans 320, de la terre de Vouzière en Champagne, contre la dame de Termes, qui n'avait dans cette terre qu'un trois cent vingtième : mais par arrêt du 25 janvier 1761, la sentence a été infirmée, et M. de Vandières a été débouté de sa demande en Licitation.

[Il a donc été jugé que l'indivisibilité de la justice et des droits incorporels, honorifiques ou utiles, n'étaient point un motif suffisant pour faire ordonner la Licitation entre les divers coseigneurs, lorsque le domaine principal du fief, dont ces droits étaient accessoires, se trouvait susceptible d'une division commode et facile.

Il ne suffit donc pas qu'un des copropriétaires demande la Licitation, pour qu'elle soit ordonnée : il ne peut l'obtenir, malgré ses copropriétaires, que dans le cas où le partage en nature présente une impossibilité morale ou de grandes difficultés.

En effet, la forme de partage la plus naturelle et la plus conforme aux droits des héritiers et des copropriétaires d'un même objet, et sans contredit la division de la chose même entre eux. Par la saisine de la loi, chaque cohéritier a une portion, non dans le prix que la vente de l'héritage pourra

Source : BIU Cujas

produire, mais dans le fonds, dans la propriété de cet héritage. C'est donc cette propriété en nature qui lui appartient, et qu'il a droit de revendiquer.

Il arrive souvent qu'un corps héréditaire ne peut être divisé, ou du moins qu'il ne peut l'être sans de grands inconvéniens, soit parcequ'il en résulterait une diminution considérable de valeur qui retomberait sur chacun des copropriétaires, soit parceque la jouissance de chaque portion deviendrait trop incommode et trop gênante pour les propriétaires mêmes, ou pour les copartageans. Dans ce cas, il a bien fallu trouver un moyen de suppléer au partage, et ce moyen est la Licitation, que les lois romaines ont introduite, et qui étaient tellement destinée à suppléer ce partage, que chez les Romains, l'héritage ne se licitait d'ordinaire qu'entre les cohéritiers. Les étrangers étaient rarement admis à enchérir, sur-tout lorsque les copropriétaires étaient tous également en état de la porter à toute sa valeur.

Mais, soit entre les copropriétaires seuls, soit en concurrence avec les étrangers, on n'avait jamais recours à la Licitation que quand la chose ne pouvait être divisée sans une incommodité considérable. C'est une condition qui est expressément exigée par toutes les lois : *Si commodè dividi non potest, si divisio sine cujusquam injuriâ fieri non potuerit; si divisio tàm difficilis sit, ut pars impossibilis videatur* (§. 5, *inst. de officio judicis.* Loi 3, C. *communi dividundo*). — Dès que la division était possible et commode, le juge n'était plus le maître d'ordonner la Licitation; il fallait qu'il assignât à chacun sa portion en nature.

Ces maximes dictées par la raison, par le respect dû à la propriété, ne sont pas moins inviolablement observées dans notre jurisprudence. L'art. 80 de la coutume de Paris s'exprime comme les lois romaines : *Si l'héritage ne se peut partir.* Dumoulin, Domat, Lebrun, tous nos auteurs, attestent unanimement que, parmi nous, comme chez les Romains, un cohéritier ne peut être forcé à la Licitation, si ce n'est que le partage soit impossible, ou dût entraîner trop d'inconvéniens; et l'usage constant de tous les tribunaux est, en effet, lorsque les copropriétaires ne sont pas d'accord sur la Licitation, d'ordonner une visite d'experts. La Licitation n'a lieu qu'autant qu'il résulte de l'expertise, qu'il y a impossibilité absolue ou très grande incommodité dans le partage en nature; autrement, la justice se fait un devoir de conserver à chacun la propriété que la loi lui a déférée.

La jurisprudence est constante sur ce point : à l'arrêt déjà cité du 25 juin 1761, il faut en joindre un semblable que j'ai vu rendre au parlement de Paris, le 3 juin 1778. Voici les faits qui y ont donné lieu.

René-Jean-Baptiste, marquis de La Vieuville, décédé en 1761, avait laissé trois filles : Marie-Anne-Augustine de La Vieuville, mariée au comte La Chaussée-d'Eu, aînée; Anne-Geneviève de La Vieuville, mariée au sieur de La Vieuville, son oncle, Anne-Gabrielle de La Vieuville, épouse de M. d'Aguesseau, doyen du conseil d'état. — Le marquis de La Vieuville laissait une succession chargée d'affaires : elle était composée de différens domaines seigneuriaux, savoir Nogent-l'Artault, Pavan, Sauchéry, Montoysel, Pont de Nogent, Arzillières, Blaise-sous-Arzillières, Doucey, Moncets, Chatelle-rault, Huiron, Glane, Courdemanche, la Breuille, Saint-Louvent, les Pertes, la Grange-aux-Prés, Champillon et Jummeret. Parmi toutes ces terres il y en avait cinq qui composaient une baronnie; c'étaient Arzillières, Doucey, Blaise-sous-Arzillières, la Breuille et Saint-Louvent : toutes étaient situées en Champagne, près de Vitry. — Après le décès du père commun des parties, chaque sœur a pris qualité dans la succession. La dame de La Chaussée y a renoncé pour s'en tenir aux donations de ses portions héréditaires et droits dans les biens de son père et de sa mère, portées dans le contrat de mariage de son premier mari. Les dames de La Vieuville et d'Aguesseau ont pris la qualité d'héritières par bénéfice d'inventaire.

C'est en ces qualités qu'elles ont arrêté entre elles la liquidation de leurs droits, et se sont partagé les biens de leur père. Un seul objet était resté commun et indivis : c'était la baronnie d'Arzillières avec les terres qui en dépendaient. Il a été dit dans le partage « que les parties s'étaient déterminées à jouir en commun de la terre d'Arzillières, jusqu'à la vente qu'elles se proposaient d'en faire incessamment ». — Quelque temps après, la dame d'Aguesseau et la dame de La Vieuville ont fait assigner la dame de La Chaussée au châtelet de Paris, pour voir ordonner la vente par Licitation de la terre d'Arzillières et de ses dépendances. — La dame de La Chaussée a représenté que les terres n'étaient point dans le cas d'être vendues; qu'il y avait sept paroisses et plusieurs fiefs, tous distincts et séparés, ayant chacune leur territoire, leur mouvance, leur justice, leurs officiers, et qu'elles avaient été partagées plusieurs fois. En conséquence, elle a conclu à ce que, sans avoir égard à la demande en Licitation, il fût procédé au partage en nature. — Par sentence contradictoire du 7 août 1776, le châtelet a prononcé en ces termes : « Sans avoir égard à la demande des parties de Boudot à fin de vente par Licitation de la terre et baronnie d'Arzillières, dans laquelle nous les déclarons purement et simplement non recevables : faisant droit sur les demandes de la partie d'Ader, attendu que ladite terre est composée d'une baronnie avec ses dépendances, et de plusieurs autres fiefs et seigneuries indépendantes de ladite baronnie, et que le partage en est facile : ordonnons qu'il sera, à la requête et diligence de la partie d'Ader, procédé devant le commissaire de Graville, qu'à ce faire commettons, audit partage entre elle et les parties de Boudot »....

La dame d'Aguesseau s'est rendu appelante de cette sentence, et a demandé qu'elle fût infirmée et que la terre d'Arzillières et ses dépendances fussent vendues par Licitation au parlement. La dame La Vieuville est intervenue, s'est jointe à elle, et a conclu

Source : BIU Cujas

aux mêmes fins. — La dame de La Chaussée n'a pas eu de peine à établir le bien-jugé de la sentence qu'elles attaquaient.

« S'il s'agissait (a-t-elle dit) d'un seul fief, d'une terre dont toutes les parties fussent intimement unies par les lois féodales, la demande en Licitation pourrait être fondée. On se porte difficilement à ordonner le partage en ce cas, parceque les co-seigneuries ne sont que trop souvent une source de différends et d'incommodités; et on a sur-tout soin de l'éviter entre personnes qui, par leur rang et leur fortune, sont faites pour avoir des possessions commodes et exemptes de ces embarras. — Mais la terre d'Arzillières n'est point de ce genre; elle ne forme point un seul corps de fief; ce sont plusieurs fiefs et seigneuries distinctes et indépendantes l'une de l'autre, qui se trouvent réunies dans la même main. Cette réunion fortuite qui ne tient point à l'ordre féodal, n'empêche pas que chacune des terres ne puisse être possédée séparément. Ainsi, non seulement, il est possible de les partager, mais ce partage a déjà été fait par le comte de La Chaussée, en trois lots, composés chacun de plusieurs terres, sans en morceler aucune. Ces portions étaient entièrement égales, puisque le comte de La Chaussée donna à ses copropriétaires l'option et le choix des lots; qu'il offrit de garder celui qu'ils ne voudraient pas; ce qui prouve que ce partage peut se faire sans une grande incommodité pour les copropriétaires. Quand même l'égalité des portions ne se trouverait pas dans les lots, le partage ne doit pas moins avoir lieu; la comtesse de La Chaussée n'a pas moins le droit de s'opposer à la Licitation, quand l'immeuble ne pourrait être divisé qu'en portion inégales; il suffirait qu'il y eût quelque proportion entre elles, et que la division fût possible et commode. Alors celui qui aurait la portion la plus forte, se trouverait charge d'une soulte envers les autres, où ceux-ci seraient récompensés en autres biens. Les lois distinguent soigneusement ces deux cas; elles n'ordonnent la Licitation que lorsque le partage est impossible: s'il peut se faire, et qu'on soit obligé de mettre dans un lot plus de biens que dans d'autres, les lois veulent que le partage ait lieu, sauf la récompense en faveur du lot le plus faible. Tel est le droit commun en cette matière, et c'est d'ailleurs la disposition particulière des art. 60 et 61 de la coutume de Vitry, qui régit les terres. — On n'ordonne jamais une Licitation que tous les cohéritiers n'y consentent: le droit naturel et le droit positif ne permettent pas de priver un des cohéritiers, malgré lui, de sa portion dans un immeuble, ni de l'obliger à en recevoir de l'argent, quand elle peut lui être livrée en nature. — Il est constant, et ce principe est incontestable, que chaque cohéritier est naturellement saisi par la loi de sa portion héréditaire: la Licitation ne peut donc en général avoir lieu quand l'un des copropriétaires ne veut pas y consentir, à moins qu'il n'y ait une impossibilité physique ou morale dans le partage. Or, dans l'espèce, rien de plus facile à partager que les terres dont il s'agit; elles sont composées, 1° de la baronnie d'Arzillières qui comprend trois paroisses; 2° de quatre autres terres, et plusieurs fiefs qui composent quatre autres paroisses; une estimation juridique et juste de la valeur de chacune de ces terres en facilitera aisément le partage en trois portions égales; et si quelques unes de ces portions se trouvaient inférieures à l'une d'elles, la soulte se reprendrait facilement sur celle qui se trouverait la plus forte en estimation; et c'est ce que la sentence dont est appel a prévu, en l'ordonnant. — La dame de La Chaussée désirant de conserver en nature sa portion héréditaire, est donc bien fondée à soutenir que la Licitation ne peut avoir lieu, qu'au contraire on doit ordonner un partage des terres dont il s'agit; il serait injuste de la priver, malgré elle, de sa portion, lorsqu'il est certain qu'elle peut lui être délivrée en nature. — Ainsi, dans la thèse générale, la comtesse de La Chaussée est bien fondée d'après les principes constans et invariables, à soutenir que la Licitation ne peut être admise, et que le partage doit avoir lieu, visite et estimation préalablement faites ».

Ces raisons étaient péremptoires. Adoptées et mises dans un nouveau jour par M. l'avocat général Séguier, elles ont entraîné tous les suffrages. Par arrêt du 5 juin 1778, la sentence du châtelet a été confirmée, quant à la disposition qui ordonnait le partage en nature.

Sur les mêmes principes, un arrêt du parlement de Provence, du 11 juillet 1783, a jugé que les communautés d'habitans ne peuvent pas provoquer une Licitation, quand il est prouvé que les biens possédés par elles en commun, soit avec des particuliers, soit avec d'autres communautés, peuvent être partagés, et que l'indivision ne donne lieu à aucun inconvénient. Voici l'espèce de cet arrêt.

En 1619 et 1620, la commune de Seillans acquit quatre moulins à blé. — En 1664, elle en abandonna une partie à ses créanciers; et en vertu d'un arrêt du conseil, ceux-ci sont devenus propriétaires incommutables, avec franchise de la taille. — Cet objet avait été divisé par la commune en quatre-vingt-dix-sept portions. Les auteurs les sieurs Boades et Pellicot en eurent plusieurs qu'ils rétrocédèrent ensuite à la commune, par actes du 6 mars 1656 et de 1657; mais la commune s'étant pourvue au conseil le 31 janvier 1662, pour les obliger à les reprendre, il intervint le 7 juillet 1663, un arrêt qui, en effet, les y obligea, en les déclarant toujours propriétaires incommutables. — Le 20 mai 1761, la commune se pourvut contre les sieurs Boades et Pellicot, en délaissement, si mieux ils n'aimaient encadastrer leurs portions, ce qu'ils firent, l'un en 1767, l'autre en 1770. — Le 24 avril 1781, la commune les fit encore assigner devant le juge de Seillans, pour voir ordonner l'estimation des moulins dans leur totalité, pour ensuite être mis aux enchères, et délivrés à celui des communiers qui en offrirait le plus. — L'affaire fut portée

Source : BIU Cujas

devant des arbitres qui rejetèrent la demande de la commune. Celle-ci en interjeta appel au parlement d'Aix. — Elle alléguait, 1° les contestations qui pourraient naître entre les différens propriétaires; 2° que tant que les moulins seraient possédés en commun, elle ne pourrait éteindre ni la banalité, ni le droit de mouture; 3° que le partage étant impossible, la Licitation devenait nécessaire; qu'aucune loi ne défendait aux communes de liciter; 4° que la Licitation était une voie de droit, et qu'on n'avait besoin pour y parvenir, ni de procédures, ni de rapports, ni de lettres-patentes. — Les sieurs Boades et Pellicot répondaient, — 1° qu'il n'y avait jamais eu de contestation entre leurs auteurs et la commune, à raison de l'indivision de leurs parts respectives dans les moulins; que la possibilité de différends à naître n'était pas une chose à laquelle on dût s'arrêter; qu'il était moralement impossible qu'il y en eût, puisque la commune, comme plus forte intéressée, donnait la loi aux autres coportionnaires; — 2° que le risque que la commune courait de perdre, par la Licitation, un domaine précieux, et l'inconvénient de voir un étranger qui, en acquérant ce domaine, lui ferait la loi, balançait bien au-delà la gêne dont elle se plaignait, de ne pouvoir éteindre ni la banalité, ni la mouture; — 3° qu'elle n'était pas fondée à liciter, parcequ'on n'a recours à la Licitation, qu'autant que le partage est tellement difficile, qu'il est presque impossible, et que quatre moulins peuvent se partager facilement; que d'ailleurs toutes les lois défendent aux communes comme aux mineurs, de vendre ou d'acquérir sans observer les formalités nécessaires; — 4° que la cause de la commune n'était point favorable; que personne n'oserait plus traiter avec elle, puisqu'un arrêt du conseil de 1639 avait déclaré ses créanciers propriétaires incommutables de quelques portions des moulins; que ces portions ayant été rétrocédées, un second arrêt de 1663, sollicité par la commune elle-même, les avait forcés de les reprendre à titre de propriétaires incommutables. — D'après ces moyens respectifs, arrêt du 11 juillet 1783, qui déboute la commune de la Licitation qu'elle avait demandée, avec dépens.

L'inadmissibilité de la Licitation dans le cas où le bien commun est susceptible d'un partage facile, ne peut donc pas souffrir le moindre doute.

III. Il y a en France deux coutumes dans lesquelles on a été, pendant fort long-temps, beaucoup plus loin: ce sont celles de la ville et de la châtellenie de Lille. On y a tenu, pendant plusieurs siècles, que la Licitation ne pouvait avoir lieu, même dans le cas d'impartabilité absolue, que du consentement de tous les copropriétaires.

Cette jurisprudence absurde a encore été suivie, de nos jours, par plusieurs sentences: il y en a une des bailli et échevins d'Armentières, du 11 août 1761; une autre des prevôt, mayeur et échevins de Lille, du 7 juillet 1768; une troisième des mêmes juges, du 2 septembre 1782.

Cette dernière a été rendue contre le sieur Le Soing, procureur du roi à la gouvernance d'Arras, copropriétaire, à titre de la dame Flahaut son épouse, d'une maison située à Lille, jugée impartageable par un rapport d'experts, et dont ses copropriétaires (les sieur et demoiselles Le Blanc), ne contestaient point l'impartabilité.

Le sieur Le Soing n'a pas cru devoir s'en tenir à cette sentence. Ni les actes de notoriété les plus précis, ni l'autorité de Patou et Lecocq, auteurs d'un Commentaire sur la coutume de Lille, ni enfin le cri unanime de tous les praticiens de cette ville, ne l'ont effrayé. Comme magistrat et jurisconsulte, il a su apprécier tous ces préjugés; et il s'est flatté que la sentence dont ils étaient l'unique base, ne résisterait pas, devant un tribunal supérieur, à la critique qu'il en avait faite inutilement en première instance.

Il a donc interjeté appel au parlement de Flandre du jugement des échevins de Lille. — Voici comment j'établissais ses moyens.

« Il arrive souvent qu'un objet commun entre plusieurs propriétaires ne peut être divisé, ou du moins qu'il ne peut l'être sans de grands inconvéniens. Tel est, de l'aveu de toutes les parties, le bien qui fait la matière de cette contestation.

» Dans ce cas, quel parti la justice doit-elle prendre? Deux règles toutes deux certaines, et qui paraissent néanmoins se contrarier, semblent, du premier coup-d'œil, rendre cette question insoluble.

» D'un côté, il est certain que personne ne peut être forcé de convertir ses immeubles en argent, ou son argent en immeubles, ni par conséquent de vendre ou d'acheter: *Invitum comparare vel distrahere postulantis desiderium justam causam non continet*, dit la loi 11, C. *de contrahendâ emptione*.

» De l'autre, il n'est pas moins constant que personne ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision, et que la faculté d'en sortir est tellement de droit naturel, qu'elle ne peut être détruite par aucune prescription: *In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri*: ce sont les termes de la loi 5, C. *communi dividundo*.

» Comment concilier ces deux principes, qui paraissent également certains, et qui en même temps semblent directement opposés? Ou du moins lequel des deux doit l'emporter sur l'autre, dans le cas dont il s'agit?

» De conciliation? Il ne peut pas y en avoir. De préférence? Elle est incontestablement due à celui des deux qui entraîne avec lui le moins d'inconvéniens.

» Or, il est indubitable qu'il y a moins d'inconvéniens à forcer un propriétaire de vendre son bien, qu'il n'y en aurait à le contraindre de demeurer en communion. Source d'entraves, de querelles et de procès, l'indivision a toujours été regardée comme défavorable. Le premier homme qui cultiva un champ, le circonscrivit par des bornes.

Source : BIU Cujas

Les trois enfans de Noé étaient maîtres de tout l'univers ; il fallut qu'ils le partageassent. Dans tous les temps, dans tous les lieux, on a craint les embarras, les suites fâcheuses d'une propriété commune ; et le bien public a toujours fait céder à l'avantage de s'y soustraire, les considérations particulières qui, dans certains cas, semblaient les nécessiter.

» De là, le droit de tout copropriétaire de provoquer la vente d'un bien qui ne peut se partager entre lui et ses consorts. Les Romains en ont fait la matière de leurs premières lois. Celles des douze Tables, qu'ils avaient empruntées des Grecs, en font une mention expresse ; et il est également consacré par celles du Digeste et du Code.

» Notre jurisprudence, modelée presqu'en tout sur celle des Romains, n'a pas manqué d'adopter la Licitation. On en trouve des preuves jusque dans les temps les plus reculés.

» Le 6 mai 1515, le parlement de Paris ordonnait qu'une maison située dans la capitale, serait licitée entre les copropriétaires qui la possédaient en commun (Dumoulin, tome 2, page 689 de la dernière édition) ; et cependant la coutume de Paris n'était pas encore réformée, elle ne le fut que soixante-dix-huit ans après ; et l'art. 80 de cette loi municipale, qui admet expressément la Licitation, n'existait pas encore.

» Le 28 février 1603, le parlement de Dijon prescrivait la même chose pour un bien régi par la coutume de Bourgogne, qui néanmoins est absolument muette sur cet objet. (Bouvot, tome 2, au mot *Licitation*, quest. 1.)

» Long-temps auparavant, un législateur qui a donné des lois à tous les Pays-Bas, approuvait formellement l'usage de la Licitation dans une province voisine de la châtellenie de Lille. La coutume du chef-lieu de Mons, décrétée par Charles-Quint, le 15 mars 1533, c'est-à-dire, huit mois avant celle de Lille, parle en vingt endroits des *plaintes inpartables*, ou actions à fin de vente des biens communs qui ne sont pas susceptibles d'une division commode.

» Vingt-un ans après, le 2 août 1552, le même législateur décrétait la coutume de Tournai, qui dit expressément, ch. 19, art. 1, que quand un héritage commun n'est point *partable*, il faut qu'il soit *vendu tout en un corps, pour ès deniers qui en procèderont avoir*, par chacun des communiers, *sa part et quote*.

» Les successeurs de Charles-Quint étaient animés, par rapport à la Licitation, du même esprit que lui. Le 16 mars 1611, les archiducs Albert et Isabelle ont homologué la coutume d'Ostende, dont la rubrique 3 autorise expressément les copropriétaires par indivis, à demander la vente publique des *maisons communes*, qui ne sont pas *assez grandes et larges pour pouvoir être commodément séparées en deux ou en plusieurs portions*.

» Il est donc bien constant, et que la Licitation a pour base la raison naturelle, et qu'elle a été adoptée par les lois romaines, et que ces lois l'ont transmise dans notre jurisprudence. Avançons, on va voir qu'il n'y a pas un mot dans la coutume de Lille qui la contrarie.

» S'il est un principe général que les lois, la raison, les autorités et les exemples concourent à établir, c'est que les dispositions du droit commun qui ne sont pas abrogées expressément par nos coutumes, y conservent leur entier effet.

» Ouvrons la coutume de Lille : parcourons-la d'un bout à l'autre ; nous verrons qu'elle ne dit pas un mot de la Licitation, et par conséquent qu'elle ne déroge nullement aux dispositions du droit commun qui en ont introduit et consacré universellement l'usage.

» Que répondent à cela les sieur et demoiselle Le Blanc ? Ils rétorquent l'argument. La coutume de Lille n'exclut pas la Licitation, donc elle l'admet ; voilà ce que nous disons. La coutume de Lille n'admet pas la Licitation, donc elle l'exclut ; voilà ce que répondent les sieur et demoiselle Le Blanc : mais sur quels fondemens appuient-ils ce sophisme ? On le croirait à peine, si l'on n'avait leurs écritures sous les yeux : ils se sont renfermés dans deux moyens.

» Premièrement, ont-ils dit, l'art. 8 du tit. 15 décide bien que, *quand une maison appartient à plusieurs personnes, et que l'une d'icelles veut partir et diviser, telle maison se doit partir si elle est partable* : mais la coutume n'ajoute point, qu'en cas d'impartabilité, il y aura lieu à la Licitation ; donc elle ne le veut pas : *Inclusio unius est exclusio alterius*.

» Secondement, poursuivent les intimés, la coutume de Lille admet la *reprise de frareuseté*, ou, en d'autres termes, *le retrait partiaire* : or, un pareil droit ne peut pas sympathiser avec l'usage de la Licitation ; donc il n'est pas possible que la Licitation ait lieu dans la coutume de Lille.

» Voilà en deux mots à quoi se réduisent tous les raisonnemens des intimés ; mais, on le sent, il est bien aisé de faire voir qu'ils raisonnent mal.

» Que résulte-t-il de l'art. 8 du tit. 15 de la coutume de Lille ? Rien autre chose, si ce n'est que personne n'est tenu de demeurer dans l'indivision : *quand une maison appartient à plusieurs personnes, et que l'une d'icelles veut partir et diviser*..... voilà bien l'intention de la coutume manifestée pour l'admission de la demande en partage, dans tous les cas où il se trouvera des biens possédés par indivis. Mais la demande en partage renferme toujours celle en Licitation, puisque, comme le disent toutes les lois, la Licitation n'est qu'une manière de partager, un des effets de l'action *communi dividundo*, en un mot, le complément du partage. *Communi dividundo judicio consiste ; et*, EA ACTIONE, *universum prædium, si* LICITATIONE *viceris, exsolutâ socio parte pretii, obtinebis*. Ce sont les propres paroles de la loi 1, C. *communi dividundo*.—Donc la coutume de Lille, en autorisant

Source : BIU Cujas

l'action en partage, autorise virtuellement la demande en Licitation.

» Vous vous trompez, nous dit-on ; lisez jusqu'au bout le texte de la coutume : vous y verrez qu'elle n'ordonne le partage que dans le cas où la maison *est partable*, et de là vous inférerez *à contrario* qu'elle vous oblige de demeurer en communion, si la maison est indivise.

» Voilà le grand argument des intimés, voici notre réponse, elle est claire et péremptoire.

» C'est un principe incontestable que les coutumes, sur-tout celles qui ne reconnaissent d'autre supplément que les lois romaines, ne doivent jamais recevoir d'extension qui puisse établir entre elles et le droit commun, la moindre opposition.

» Or, pour exclure la Licitation de la coutume de Lille, il faudrait, non seulement faire dire à cette coutume ce qu'elle ne dit pas réellement, mais encore élever sans raison et sans nécessité un mur de séparation entre elle et le droit commun ; et c'est ce que les principes ne permettent pas.

» Nous l'avons déjà dit, la coutume de Lille, en admettant l'action de partage, admet virtuellement les deux manières de partager que le droit commun a introduites. Il est vrai qu'il n'y en a qu'une dont elle parle : il est vrai qu'après avoir déclaré que si le bien mis en partage, est divisible, il sera réellement divisé, elle s'arrête : il est vrai, en un mot, qu'elle ne dit point ce qu'il faudra faire, si le bien n'est pas susceptible d'une division effective. — Mais le droit commun le dit pour elle, il indique aux copartageans la voie de la Licitation ; et que faut-il de plus pour que la Licitation soit admise à Lille ?

» Raisonner autrement, prétendre que le silence de la coutume sur la Licitation, est prohibitif, c'est dire équivalemment, *la coutume déroge au droit commun, par cela seul qu'elle s'y conforme :* (car, en ordonnant la division des biens divisibles, elle n'est que l'écho du droit commun) ; et qui osera tenir un pareil langage ? Qui osera prétendre que, dans une coutume, l'adoption d'un point du droit commun emporte la proscription d'un autre point du même droit ? Qui osera dire enfin, qu'une loi municipale s'éloigne des principes, en s'en rapprochant ?

» En général, il n'y a rien dont la justice se défie tant que de cet art malheureux des équivoques, des approximations, des argumens *à contrario*, ressource inépuisable de la chicane ; et l'on voudrait s'en servir ici pour abroger la Licitation dans la coutume de Lille, c'est-à-dire, pour réformer une disposition dictée par le droit naturel, consacrée par les lois des maîtres et des modèles de l'univers, adoptée par les arrêts de tous les tribunaux, répétée par toutes nos coutumes...! Non, jamais cette manière de raisonner ne sera admise dans un tribunal éclairé. L'argument *à contrario sensu*, disent tous les docteurs, n'a pas lieu dans les coutumes, lorsqu'il en résulte une dérogation au droit commun : *Argumentum à contrario sensu non potest sumi ex statutis, quoties inducitur correctio juris communis.* (Fachinée, *controvers.*, *lib.* 13, *cap.* 7.)

» Et pourquoi interprèterait-on la coutume de Lille, autrement que celle de Douai ? Celle-ci porte, comme elle, tit. 4, art. 3, que *quand une maison appartient à plusieurs personnes, et que l'une d'icelles se veut partir et diviser, telle maison se doit partir, si elle est partable.*

» Si ces termes doivent avoir à Lille une vertu exclusive de la Licitation, ils l'auraient également à Douai. Cependant il est inouï qu'on ait douté à Douai si la Licitation pouvait y avoir lieu, et elle s'y est toujours pratiquée sans la moindre difficulté.

» La coutume de Bretagne s'exprime à peu près de même : elle ne prévoit, en parlant du partage, que le cas d'une division réelle et effective ; cependant la Licitation y est admise, et jamais elle n'y a été contredite. Voici ce que porte cette loi, art. 591 : *En partage..., si aucuns voulaient avoir leur portion en chacune pièce de terre, au cas qu'ils ne pourraient autrement s'accorder, justice doit mettre trois prud'hommes non suspects, à leur faire leurs partages.* On voit clairement qu'il n'est là question que de partage effectif, et l'on pourrait aussi bien appliquer à cette coutume qu'à celle de Lille l'argument *à contrario* que les intimés voudraient faire valoir dans celle-ci. Mais écoutons Poulain du Parcq, commentateur de la première (tome 2, page 647) : *Si l'immeuble de la succession ne peut pas être divisé, il se fait une Licitation entre les consorts, au plus offrant et dernier enchérisseur.*

» Par quelle singularité la coutume de Lille ne pourrait-elle pas recevoir la même interprétation ? Par quelle bizarrerie un raisonnement *à contrario*, qui ne vaut rien à Douai ni à Rennes, serait-il bon à Lille ? Tout le monde connaît la maxime, *ubi eadem ratio, ibi idem jus* : c'est ici le cas de l'appliquer, ou ce ne le sera jamais.

» Mais, disent les intimés, il y a une différence entre la coutume de Lille et les autres : elle admet le *retrait partiaire*, et ce retrait suppose nécessairement l'inadmissibilité de la Licitation, puisque si nous vendions notre part conjointement avec la vôtre, nous ne serions plus recevables à retirer celle-ci.

» Cette objection, dans laquelle les intimés paraissent mettre bien de la confiance, est tirée d'un manuscrit intitulé *Dictionnaire de droit belgique*, ouvrage d'un de leurs conseils ; mais elle n'en est pas pour cela plus judicieuse, et à peine mérite-t-elle une réponse.

» Non, à Lille comme ailleurs, le copropriétaire qui a licité un héritage, n'est point recevable à le retirer, soit par droit de communion, soit à titre de parenté ; parceque tout licitant est vendeur, et que jamais vendeur n'a été admis à exercer un retrait sur sa propre vente. Mais conclure de là qu'il faut proscrire la Licitation pour favoriser le retrait, c'est une absurdité.

Source : BIU Cujas

» Deux lignagers ont, dans le chef-lieu de Mons, un propre en commun : si l'un d'eux vendait sa portion séparément, l'autre pourrait la retirer par droit de lignage : mais il demande à vendre le tout par Licitation, parcequ'il est sûr d'en tirer meilleur parti : son copropriétaire qui, par là, est privé du retrait, pourra-t-il, sous ce prétexte, s'opposer à la Licitation ? Non certainement; on peut même dire que jamais on n'a hasardé en justice une telle prétention.

» Et pourquoi le retrait partiaire aurait-il plutôt le privilège d'exclure la Licitation, que le retrait lignager ? Quelle serait la raison d'une pareille prérogative ? On dira, si l'on veut, que le retrait partiaire est plus favorable que le retrait lignager; mais toujours est-il constant que l'un doit, comme l'autre, être restreint aux ventes qui en sont susceptibles de leur nature; et il sera toujours vrai de dire qu'il n'y a pas de bon sens de vouloir proscrire une manière de vendre, autorisée par la raison naturelle et par le droit commun, pour multiplier les cas où il se fait ouverture à un retrait quelconque.

» Jetons d'ailleurs les yeux sur les coutumes qui admettent, comme celle de Lille, le retrait partiaire : en est-il une seule qui pour cela rejette la Licitation ?

» Les chartes générales de Hainaut portent, ch. 95, art. 25, que *tous biens immeubles possédés par indivis, étant aliénés, se pourront reprendre par les comparchonniers;* et Dumées (*Jurisprudence du Hainaut français*, p. 229), nous assure, l'expérience même nous apprend, que la Licitation a lieu dans tout le Hainaut.

» La coutume d'Ostende, rub. 7, art. 3, décide pareillement que *de maisons, de terres ou d'héritages étant communs entre deux ou plusieurs personnes, lorsqu'une vend sa part, les personnes qui ont d'autres portions, peuvent retirer ladite part vendue dans le temps d'un an et jour;* et l'on a vu plus haut que la rub. 3 de la même coutume admet expressément la Licitation.

» Enfin, le retrait partiaire a encore lieu dans les coutumes de Bergues-Saint-Vinock, de la Gorgue, du pays de Langle, d'Acs, de Baïonne, et jamais on ne s'est avisé de soutenir qu'il dût en exclure la Licitation.

» Disons plus : c'est précisément parceque le retrait partiaire a lieu dans la coutume de Lille, que la Licitation doit y être admise. En effet, s'il n'est pas permis à un copropriétaire de faire liciter un bien impartable, il faudra donc qu'il vende sa part indivise : mais cette part, qui est-ce qui l'achètera son vrai prix ? Qui est-ce qui voudra entrer dans une indivision fâcheuse et gênante ? Personne, sans doute, à moins que ce ne soit pour faire un grand marché. Mais alors, l'autre copropriétaire ne manquera point d'exercer son retrait; et, par ce moyen, il s'enrichira des dépouilles d'un consort que le besoin d'argent aura contraint de vendre à vil prix....

De bonne foi, peut-on imaginer que les rédacteurs de la coutume de Lille aient eu dans l'idée une jurisprudence aussi absurde et aussi barbare ? Non; premier objet de la loi, compagne inséparable de toutes ses dispositions, dépositaire de son esprit, la raison ne peut jamais être contraire à la loi même. Tout ce qui blesse cette raison, véritable source de toutes les lois, ne résiste pas moins à la justice : le législateur l'aurait condamné, s'il l'avait prévu; et le magistrat, qui est la loi vivante, doit alors suppléer au silence de la loi morte.

» Loin d'ici donc toute idée de disposition dans la coutume de Lille, qui puisse faire soupçonner, de la part de ses rédacteurs, l'intention d'y abroger la nécessité de liciter, entre cohéritiers, les héritages impartables; et dès-là, on ne saurait trop le répéter, il est impossible que la Licitation n'y ait pas lieu comme par-tout ailleurs.

» Eh ! comment le conseil de Charles-Quint en aurait-il approuvé l'abrogation ? Lorsque la coutume de Lille fut décrétée, celle de Mons ne venait que de l'être, et l'on avait encore présentes à la mémoire les dispositions par lesquelles elle admet la Licitation. Ce qui prouve d'ailleurs que ces dispositions étaient conformes à l'esprit qui régnait dans le conseil de l'empereur, c'est qu'elles ont été reportées vingt ans après dans une autre coutume plus voisine encore de celle de Lille, dans la coutume de Tournai.

» Si les intimés, frondant à leur ordinaire les maximes les plus constantes, viennent dire que les coutumes de Tournai et de Mons ne doivent, malgré le voisinage, influer en rien dans l'interprétation de celle de Lille, au moins conviendront-ils sans peine qu'il en est autrement de la coutume de la châtellenie de Lille; et en effet, il ne peut y avoir de meilleur interprète de la coutume d'une ville que celle de la province dont elle fait partie.

» Or, la coutume de la châtellenie de Lille approuve implicitement la Licitation. La preuve en résulte de l'art. 60 du tit. 1, qui porte : *pour partage et division faits entre cohéritiers de biens, fiefs et héritages à eux échus, n'est dû droit seigneurial au seigneur duquel lesdits biens, fiefs et héritages sont tenus. Néanmoins si, par tel partage, y a aucuns* DENIERS DONNÉS EN RÉCOMPENSE, *non procédant de l'hoirie, pour lesdits deniers droit seigneurial est dû.*

» La coutume, dans cette disposition, n'est ni obscure ni équivoque : elle prévoit le cas où, dans un partage, il se trouvera des *deniers donnés en récompense* de biens-fonds : il est donc des circonstances où elle oblige les copartageans de donner ou de recevoir de pareilles *récompenses;* elle les force donc quelquefois d'acheter les portions de leurs communiers, ou de vendre les leurs : elle admet donc une voie pour sortir de l'indivision d'un bien impartable; et cette voie, quelle est-elle, si ce n'est la Licitation ?

» On dira sans doute que les termes, *s'il y a aucuns deniers donnés en récompense*, ne désignent

Source : BIU Cujas

que des soultes de partage : mais cette objection ne nous inquiète point.

» 1° Les termes de la coutume sont aussi généraux qu'ils peuvent l'être ; ils embrassent toutes les espèces de *récompenses* auxquelles l'action de partage peut donner lieu; les restreindre à des objets particuliers, ce n'est plus interpréter, c'est dénaturer la coutume.

» 2° Quand il ne résulterait de l'article cité qu'une obligation imposée à tout copartageant, de donner ou de recevoir une soulte de partage, lorsque le cas s'en présente, cela suffirait encore pour en conclure que la Licitation n'a rien que de conforme à l'esprit de la coutume.

» En effet, quels sont, dans un partage, l'objet et l'effet d'une soulte ?

» Son objet est le même que celui de la Licitation : c'est d'empêcher que l'on ne morcèle à l'infini les corps d'héritages; c'est par conséquent un remède à l'impartabilité physique ou morale.

» Son effet est encore le même que celui de la Licitation : c'est que le copartageant qui donne la soulte, achète, comme celui qui la reçoit, vend, même contre son gré.

» Or, que l'achat involontaire et la vente forcée tombent sur la totalité ou sur la moindre parcelle d'une portion indivise, n'est-ce pas la même chose quant à l'application des principes ? N'est-il pas de règle qu'on doit raisonner de la partie comme du tout? Et si, par l'adoption expresse que la coutume a faite de l'usage des soultes, je puis être forcé de vendre une partie de ma portion dans un bien commun, comment pourrai-je, lorsque la même raison se rencontrera, me dispenser de vendre ma portion entière ?

» Aussi trouve-t-on dans un commentaire manuscrit sur la coutume de la châtellenie de Lille, qui paraît avoir été fait dans le dernier siècle, une assertion bien précise que la Licitation a lieu dans cette coutume. Voici les termes du commentateur, titre 1, art. 60 : « *Item*, il est vrai que droit seigneurial est dû pour deniers délivrés en récompense non procédans d'hoirie, en vertu de cette coutume, *comme il arrive plusieurs fois* qu'aucuns biens sont délaissés par les défunts, lesquels ne sont de leur nature divisibles, et partant non partageables : c'est pourquoi il faut vendre tels biens par Licitation entre les héritiers, et le dernier enchérisseur a la chose. »

» Il est donc clair, plus clair que le jour, que la coutume de la châtellenie de Lille autorise la Licitation; et puisque cette coutume est l'interprète née de celle de Lille, muette sur ce point, il faut bien que la Licitation ait lieu dans l'une comme dans l'autre loi municipale.

» Le dernier retranchement des sieurs et demoiselle Leblanc est l'usage de la ville de Lille....

» Mais, indépendamment des moyens qui se réunissent pour réprouver cet usage, il est certain qu'on ne saurait rapporter un seul arrêt qui l'ait adopté. Or, aussi long-temps que le juge supérieur n'a pas prononcé, toute question de droit ou de pratique est et doit être regardée comme entière et indécise.

» Mais, dit-on, trois arrêts de la cour, des 3 décembre 1701, 14 mai 1720 et 2 avril 1776, ont consacré cet usage dans la châtellenie de Lille : pourquoi la jurisprudence serait-elle différente pour la ville ?

» Ici les adversaires manquent de bonne foi. Des trois arrêts cités, il en est un qu'ils ont vu rendre : ils en connaissent les circonstances, ils savent parfaitement qu'il n'a pas le moindre rapport à la question; et cependant ils nous l'opposent..... Mais retraçons-en l'espèce.

» Il était échu à Barrez et Delobel, une succession dans laquelle était compris un cabaret situé au faubourg de Lille. Delobel en demanda le partage, et fit d'abord rendre à la gouvernance de Lille, un jugement qui, avant faire droit, ordonnait que le cabaret fût visité par experts. Le rapport d'experts constata que ce cabaret était partageable; et le partage en fut ordonné par sentence définitive. Sur l'appel, Barrez se bornait à critiquer le rapport d'experts; mais comme cet acte était en bonne forme et parfaitement motivé, on ne l'écouta point. Par arrêt du 2 avril 1776, la cour mit l'appellation au néant, avec amende et dépens.

» Qu'a-t-on jugé par-là ? Que la licitation n'a point lieu dans la châtellenie de Lille ? Non assurément. Barrez ne concluait pas même directement à la Licitation; il ne la proposait que subsidiairement et par forme alternative; il demandait que la maison demeurât en commun et fût louée au profit des deux propriétaires, si mieux n'aimait Delobel consentir qu'elle fût licitée. De son côté, Delobel répondait qu'il ne pouvait être contraint de demeurer dans l'indivision; qu'ainsi, la demande en louage au profit commun ne pouvait être admise; que du reste, la Licitation n'avait lieu qu'autant qu'il résultait d'un rapport d'experts qu'il y eût une impossibilité absolue ou une très grande incommodité dans le partage en nature; qu'autrement, la justice se faisait un devoir de conserver à chacun la propriété que la loi lui avait déférée, et que telle était la disposition expresse de la loi 3, C. *communi dividundo*. Ce fut sur ces raisons que le partage fut ordonné; et, comme l'on voit, l'arrêt a laissé entière la question de savoir si la Licitation a lieu dans la châtellenie de Lille pour les biens impartables.

» Les deux autres arrêts ne sont connus de personne. Les intimés n'en rapportent que la date; et à juger par le premier, de l'exactitude qu'ils mettent dans leurs citations, on peut bien croire qu'ils ne citent pas ceux-ci plus à propos.

» Il est vrai que de ces deux arrêts, il y en a un que Deghewiet a inséré dans ses Institutions au droit belgique. Mais comment en parle-t-il ? « A Lille (ce sont ses termes), on est obligé de demeurer en commun malgré soi, en donnant le bien en

Source : BIU Cujas

louage au profit des parties respectives, comme il a été jugé à la gouvernance de Lille, entre François du Thoict et la veuve François Malbrancque, par sentence du 7 janvier 1701, confirmée au parlement de Flandres par arrêt du 3 décembre de la même année, *suivant ce que m'a dit un des avocats qui avait écrit au procès* ».

» Que de remarques à faire sur ce passage ! D'abord, qui est-ce qui parle? C'est un écrivain connu pour très inexact en fait de citation d'arrêts. Ceux qui voudront s'en convaincre n'auront, par exemple, qu'à confronter les décisions qu'il prête à trois arrêts des 1690 (1), 1691 (2), 1698 (3), avec ce qu'en disent deux des magistrats qui les ont rendus (4). Comment parle-t-il? Vaguement et sur un ouï-dire. Si un témoin ne fait pas foi dans une enquête, lorsqu'il dépose *ex auditu alieno*, un écrivain peut-il être croyable, lorsque, sur la foi d'un tiers sujet à prendre le change par rapport aux motifs d'un arrêt, il rend compte d'une prétendue décision qui choque tous les principes?

» Ce n'est pas tout. Deghewiet nous présente l'arrêt de 1701, comme rendu dans la coutume de Lille, et cependant les intimés disent eux-mêmes qu'il avait pour objet un bien situé dans la châtellenie. C'est ce que prouve d'ailleurs la connaissance que les juges de la gouvernance de Lille avaient prise de l'affaire en première instance. Si Deghewiet s'est trompé sur ce point, n'a-t-il pas pu également se tromper sur un autre?

» Enfin Deghewiet ne dit pas un mot du prétendu arrêt du 14 mai 1720, qui, selon les intimés, a confirmé la décision qu'ils prêtent à celui de 1701. Ce n'est cependant qu'en 1736 que cet auteur a livré son ouvrage à l'impression. Ainsi, de deux choses l'une : ou il n'a pas connu l'arrêt de 1720, et, dans ce cas, on ne peut le regarder que comme peu instruit de la jurisprudence de Lille sur la matière des Licitations; ou il l'a connu, et il a prouvé, en ne le rapportant pas, qu'il n'en pouvait résulter aucun préjugé en faveur de l'usage dont il parlait d'après un tiers.

» Au reste, quand il serait aussi bien prouvé qu'il l'est peu, que les arrêts de 1701 et 1720 ont rejeté la Licitation dans la châtellenie de Lille, qu'en pourrait-on conclure? Sans doute l'autorité des arrêts est respectable; mais elle cède à celle des lois et des principes; et la cour elle-même a appris cent fois aux citoyens de son ressort, que quand on a des raisons solides et des moyens victorieux à opposer à d'anciennes décisions, on ne risque jamais de lui déplaire en implorant sa justice.

» Ici, il est prouvé que la Licitation est autorisée par un texte formel de la coutume de la châtellenie de Lille, par le droit commun auquel cette coutume renvoie en termes exprès, en un mot, par la saine raison; et assurément, quand la contestation actuelle se présenterait dans cette coutume, il n'en faudrait pas davantage pour engager la cour à redresser l'erreur qui pourrait s'être glissée dans ses prétendus arrêts de 1701 et 1720.

» Mais, et c'est ce qu'il y a de plus décisif, la contestation est dans la coutume de Lille, pour laquelle il n'est encore intervenu aucun arrêt sur ce point ».

Sur ces raisons, arrêt du 9 décembre 1782, à la première chambre, qui met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, ordonne que la maison dont il s'agit au procès, sera vendue par Licitation entre les parties, amiablement, sinon pardevant notaires; condamne les intimés à tous les dépens.]

[[IV. Le Code Napoléon confirme en peu de mots toutes les règles de notre ancienne jurisprudence sur cette matière : « Si les immeubles (porte-t-il, art. 827), ne peuvent pas se partager commodément, il doit être procédé à la vente par Licitation..... »

V. Celui qui n'a qu'une propriété commutable, tel que l'acquéreur sous faculté de réméré, peut-il demander la Licitation contre un copropriétaire qui a éventuellement le droit de l'évincer, par exemple, contre le vendeur, qui peut, en lui remboursant le prix de son acquisition, rentrer dans sa portion indivise?

Suivant l'art. 329 de la coutume de Normandie, la femme, après la mort de son mari, prenait la moitié des conquêts faits en bourgage. — Par l'art. 331, si le mari survivait à sa femme, il jouissait par usufruit, sa vie durant, de la part que la femme avait eue en propriété dans les conquêts faits pendant le mariage, encore qu'il se remariât; — Et, suivant l'art. 332, le mari et les héritiers pouvaient retirer la part des conquêts appartenans à la femme, en rendant le prix de ce qu'elle avait coûté, ainsi que des augmentations, dans les trois ans du jour du décès de la femme. — Le sieur Pavie, négociant à Rouen, avait épousé Marie-Anne Cessaigne, veuve du sieur Maletta. Pendant son mariage, le sieur Pavie avait acquis une manufacture de faïence : décédé sans enfans, il avait laissé pour héritiers, 1° le sieur Brebion, qui avait épousé Marie-Madelaine Pavie; 2° quatre sœurs de celle-ci. Ainsi, la moitié de la manufacture appartenait aux demoiselles Pavie, comme héritières du défunt; l'autre moitié était déférée à la veuve Pavie, sauf le retrait de la part des premières. — Cette manufacture étant impartable, la veuve Pavie a assigné les héritiers de son mari, pour voir dire qu'elle serait licitée. — Le sieur Brebion et ses belles-sœurs ont consenti à la Licitation, mais seulement quant à l'usufruit, vu le droit de retrait qui leur appartenait après le décès de la veuve. — La veuve, au contraire, a soutenu que la manu-

(1) Part. 3, tit. 1, §. 4, art. 9.
(2) Part. 1, tit. 2, §. 18, art. 9.
(3) *Ibid.*, art. 10.
(4) De Baralle, pages 50 et 251; Dubois d'Hermanville, pages 409.

Source : BIU Cujas

facture devait être licitée définitivement, et sa demande lui a été accordée par le premier juge. — Mais, par arrêt rendu sur productions à la première chambre des enquêtes du parlement de Rouen, le 16 février 1780, la sentence a été réformée, et la veuve Pavie a été déboutée de sa demande en Licitation définitive.

VI. Peut-il y avoir lieu à la Licitation, dans le cas d'un partage fait par un ascendant entre ses enfans? *V. Partage d'ascendant*, n. 12.]]

§. II. *Des règles à observer dans les procédures en Licitation.*

I. Quand il s'agit d'une Licitation entre majeurs, on peut y procéder à l'amiable pardevant notaires.

[Que serait-ce, si les biens étaient substitués? *V. Substitution fidéicommissaire.*]

On peut d'ailleurs admettre des étrangers à enchérir, si tous les copropriétaires y consentent; mais si quelqu'un d'entre eux s'y refuse, il faut que la vente par Licitation se fasse judiciairement.

Lorsque quelqu'un des cohéritiers ou copropriétaires est mineur, il faut, pour la validité de la Licitation, que les étrangers soient admis à enchérir, que la Licitation se fasse judiciairement, et que l'héritage soit adjugé au plus offrant et dernier enchérisseur.

Il faut encore, pour la validité d'une Licitation où un mineur est intéressé, qu'il soit constaté, par une visite d'experts que le juge a nommés, que les héritages communs ne peuvent se partager qu'il n'en résulte du préjudice aux parties, et qu'en conséquence la Licitation soit ordonnée comme la seule voie commode pour faire cesser la communauté.

On peut néanmoins se dispenser de cette visite, lorsque, par la nature de ce qui est à partager, ou par le nombre des copartageans, il est évident que le partage ne peut avoir lieu commodément. Tel serait le cas où, dans une succession, il n'y aurait qu'une maison composée d'un seul corps de logis.

Enfin, quand la demande en Licitation est formée contre un mineur émancipé ou contre son tuteur, il est d'usage, au châtelet de Paris, de nommer à cet égard un tuteur au mineur; et si le tuteur ordinaire ou le mineur émancipé ne faisoient pas nommer ce tuteur, le demandeur en Licitation pourrait se faire autoriser à convoquer les parens et amis du mineur, pour procéder à cette nomination, attendu que cette formalité est nécessaire dans ce tribunal pour la validité d'une telle Licitation.

[[L'art. 827 du Code Napoléon établit pour règle générale, que si les immeubles provenans d'une succession commune indivise, « ne peuvent pas se partager commodément, il doit être procédé à la vente par Licitation devant le tribunal ». — Mais il la limite aussitôt par une exception qui rentre parfaitement dans les principes de l'ancien droit : « Cependant (dit-il), les parties, si elles sont toutes majeures, peuvent convenir que la Licitation sera faite devant un notaire, sur le choix duquel elles s'accordent ».

Le Code de procédure civile va plus loin : il décide, art. 970, que dans tous les cas, le tribunal peut ordonner que « la vente par Licitation sera faite, soit devant un membre du tribunal (même), soit devant un notaire ».

Cette disposition embrasse, par sa généralité, le cas où quelques unes des parties sont mineures ou interdites, comme celui où elles sont toutes majeures et jouissent toutes de leurs droits. — A la vérité, l'art. 839 du Code Napoléon porte que lorsque tous les cohéritiers ne sont pas présens, ou s'il y a parmi eux des interdits ou des mineurs même émancipés, « s'il y a lieu à Licitation, elle ne peut être faite qu'en justice, avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs »; mais il en résulte seulement que dans le cas prévu par cet article, il doit être procédé en justice à tous les préliminaires de la Licitation; et ce qui prouve démonstrativement que l'on ne peut pas en conclure qu'il soit défendu au tribunal de déléguer un notaire pour recevoir les enchères, adjuger le bien, et par-là consommer la vente, c'est que par l'art. 459, il est laissé à l'arbitrage du tribunal, lorsqu'il s'agit de l'aliénation purement volontaire d'un bien appartenant en totalité à un mineur, de faire recevoir les enchères par l'un de ses membres ou par *un notaire à ce commis*. *V.* au surplus *Mineur*, *Notaire*, *Partage*, §. 4 et 5, et *Partage provisionnel*.

II. Devant quel juge doit être portée la demande en Licitation? — Il faut distinguer : ou il s'agit de biens communs à titre particulier, ou il s'agit de biens communs à titre successif.

Au premier cas, la demande en licitation doit, comme la demande en partage, être considérée comme une *action mixte*; et la connaissance en appartient, concurremment et par prévention, au juge du lieu de la situation des biens, et à celui du domicile du défendeur.

Au second cas, elle forme également une action mixte; mais elle ne peut être portée que devant le juge du lieu où la succession s'est ouverte.

De ces deux règles, la seconde est expressément consacrée par l'art. 822 du Code Napoléon : « l'action en partage et les contestations qui s'élèvent dans le cours des opérations, sont soumises au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession. C'est devant ce tribunal qu'il est procédé aux *licitations*, et que doivent être portées les demandes relatives à la garantie des lots entre copartageans et celles en rescision du partage ».

Et elles le sont l'une et l'autre par l'art. 59 du Code de procédure civile : « Le défendeur sera assigné...., en matière mixte, devant le juge de la situation, ou devant le juge du domicile du défendeur...., en matière de succession, sur les demandes entre héritiers, *jusqu'au partage inclusivement...*, devant le tribunal du lieu où la succession est ouverte ».

Source : BIU Cujas

Mais la seconde de ces règles est-elle applicable à une demande en Licitation de biens restés indivis entre cohéritiers, après un partage fait entre eux du surplus de la succession ?

Cette question revient à celle de savoir si c'est par l'action *familiæ erciscundæ*, ou par l'action *communi dividundo*, que cette demande doit être formée. Si c'est par l'action *familiæ erciscundæ*, le juge de l'ouverture de la succession est seul compétent; si c'est par l'action *communi dividundo*, il y a prévention entre le juge de la situation des biens et celui du domicile du défendeur.

Or, sur cette question, il existe deux lois romaines qui, au premier coup d'œil, paraissent se contrarier.

La loi 20, §. 4, D. *familiæ erciscundæ*, porte : *familiæ erciscundæ judicio ampliùs quàm semel agi non potest, nisi causâ cognitâ. Quòd si quædam indivisæ sunt relictæ, communi dividundo de his agi potes.*

D'un autre côté, la loi 1, C. *familiæ erciscundæ*, s'exprime ainsi : *si non omnem paternam hereditatem ex consensu divisisti, nec super eâ re sententia dicta vel transactio subsecuta est, judicio familiæ erciscundæ experiri potest.*

Pour concilier ces deux lois, Voët, sur le Digeste, liv. 10, tit 2, n. 30, dit que la première a pour objet le cas où le partage, lors duquel des biens sont restés indivis, a été fait en jugement; et que la seconde porte sur le cas où ce partage a été fait par acte extrajudiciaire : *in eâ rescribunt Imperatores de casu quo non per judicis sententiam, sed mutuum coheredum consensum, rerum quarumdam divisio facta est; tunc enim quia nondùm inter eos agitatum fuerat universale divisionis judicium, meritò indultum ipsis fuit, de non divisis familiæ erciscundæ actione experiri.*

Mais cette distinction s'accorderait difficilement avec le principe, que le partage extrajudiciaire entre cohéritiers majeurs a les mêmes effets que le partage judiciaire; et il paraît plus naturel de dire que la loi 1, C. *familiæ erciscundæ*, doit être restreinte au cas où le partage extrajudiciaire est resté imparfait, non seulement en ce qu'on n'y a pas compris tels et tels biens, mais encore en ce qu'on n'a pas liquidé les dettes, en ce qu'on n'a pas déterminé la part pour laquelle chacun des cohéritiers doit y contribuer; ou enfin en ce qu'on a, d'une manière quelconque, laissé une universalité indivise entre eux.

C'est au surplus dans ce sens que la question vient d'être jugée par la cour de cassation.

Après l'arrêt de cette cour, du 9 septembre 1806, rapporté aux mots *Droits successifs*, n. 11, le sieur Glaizot a poursuivi devant le tribunal civil du département de la Seine, la Licitation des domaines de Bois-Gauthier et de Grimonval. — Le sieur Paysan-Lafosse, assigné sur cette demande, a requis son renvoi devant le tribunal civil de l'arrondissement de Louviers, juge du lieu de l'ouverture de la succession. — Débouté de son déclinatoire par jugement du 31 janvier 1807, il s'est pourvu en réglement de juges. — Le sieur Glaizot a répondu qu'il ne s'agissait point, dans l'espèce, d'un partage de *succession*, mais d'une Licitation de biens restés *indivis* APRÈS PARTAGE; que dès-lors les articles ci-dessus transcrits étaient sans application. — « Tout a été consommé relativement au partage *de la succession* (a-t-il ajouté), par l'acte du 19 ventose an 6; les domaines de Bois-Gauthier et de Grimouval y ont été compris : seulement il a été convenu qu'ils continueraient d'être possédés en commun. Il y a donc eu novation dans la qualité des copropriétaires de ces deux domaines. Ils ne le possèdent plus à titre de cohéritiers, en vertu seulement de la succession de leur auteur; mais à titre de *communs* en ces biens, par le fait d'une convention qui est intervenue entre eux. — Et c'est ici le cas de rappeler le texte de la loi 20, §. 4, D. *familiæ erciscundæ*». — « Il est faux (répliquait le sieur Paysan-Lafosse), que tout ait été consommé, relativement au partage de la succession, par l'acte du 19 ventose an 6. — Cet acte n'est *définitif* que relativement aux biens dont il opère le *partage* : il n'est que *provisionnel* relativement aux autres. — Et qu'on ne veuille point soutenir que les fermes de Bois-Gauthier et de Grimonval ont été l'objet de cet acte, parcequ'on en a fait mention; on n'en a parlé que pour dire qu'elles n'étaient point comprises dans ce partage, qu'elles seraient l'objet d'*un nouveau partage*. — Et par-là, il n'y a point eu de *novation* dans la qualité des parties. La novation ne s'effectue point sans l'intention d'innover. Les parties n'ont point stipulé une communauté de biens. — Ce n'est donc pas ici le lieu d'invoquer la loi 20, D. *familiæ erciscundæ*. D'abord cette loi ne peut plus avoir d'influence devant nos tribunaux, depuis que l'art. 7 de la loi du 30 ventose an 12 et l'art. 1041 du Code de procédure civile ont abrogé les lois romaines *dans toutes les matières qui sont l'objet des Codes français*. — Et de plus, il est prouvé que l'action du sieur Glaizot n'est point une action de la nature de celle qui était appelée chez les Romains *communi dividundo*, mais bien une action *familiæ erciscundæ*. Nous venons d'établir que ce n'est qu'une action en supplément de partage des biens d'une succession. — Mais puisque l'on veut absolument des lois romaines, pourquoi ne citerait-on pas la loi première, C. *familiæ erciscundæ*....? — Voilà bien la circonstance où nous nous trouvons : l'hérédité de notre auteur n'a point été *entièrement* divisée. Il n'y a point de *jugement* qui ait opéré le partage de ce qui restait indivis; point de *transaction* sur ces objets indivis; il faut donc suivre l'action *familiæ erciscundæ* ».

Par arrêt du 11 mai 1807, au rapport de M. Poriquet, — « Considérant que la succession de Charles-Thomas Paysan Lafosse a été partagée entre ses cinq héritiers, par l'acte du 19 ventose an 6; — Que, par cet acte, leurs droits, comme hé-

Source : BIU Cujas

ritiers dans les fermes de Grimonval et de Bois-Gauthier, restées indivises, ont été réglés d'une manière absolue et définitive ; — Que, dès ce moment, ainsi qu'on le lit dans la loi 20, §. 4, D. *familiæ erciscundæ*, il n'y eut plus lieu entre eux, pour raison de ces fermes, à l'exercice de l'action *familiæ erciscundæ*, mais seulement à celui de l'action *communi dividundo*, dans le cas où ils voudraient faire cesser l'indivision ; — Qu'ainsi, la partie de Champion (Paysan Jafosse) ne peut réclamer l'application, ni de l'art. 822 du Code civil, ni de l'art. 59 du Code de procédure, lesquels articles rédigés dans les principes de la loi ci-dessus citée, ne concernent que les opérations antérieures au partage de l'hérédité ; — La cour, sans s'arrêter à la demande en règlement de juges de la partie de Champion, dont elle est déboutée, ordonne que les parties continueront de procéder, suivant les derniers erremens, au tribunal civil du département de la Seine ».

§. III. *Des effets de la vente par Licitation, relativement à l'héritier-adjudicataire, à ses créanciers et à ses co-héritiers.*]]

I. Quand la Licitation d'un héritage provenant de la succession d'un homme auquel il était propre paternel pour la moitié, et propre maternel de différentes lignes du défunt, et que l'un d'eux se rend adjudicataire, l'héritage lui devient propre paternel pour le tout. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par arrêt du 24 mai 1729, rendu en faveur du sieur Orry, contre le sieur Bernier. *V. propre.*

II. Tout ainsi que dans un partage fait avec un retour en deniers ou rentes, le cohéritier auquel est échu le lot le plus fort, est censé avoir succédé à tout ce qui compose son lot, à la charge du retour; de même, dans les Licitations, le cohéritier est censé avoir été seul saisi par le défunt du total de l'héritage dont il s'était rendu adjudicataire par Licitation, et n'en tenir aucune part de ses cohéritiers, auxquels il est seulement chargé de payer, dans le prix de la Licitation, une somme proportionnée à la part pour laquelle ils ont été appelés avec lui à lui à la succession. Cette somme que l'héritier adjudicataire doit à chacun de ses cohéritiers, est comme un retour de partage dont il est chargé envers chacun d'eux.

Voici comment s'est expliqué M. l'avocat général Talon sur cette matière, dans un plaidoyer que rapporte Brodeau sur l'art. 54 de la coutume de Paris : — « Tous les héritiers ont part au tout et dans toutes les parties du tout; et cela ne se pouvant faire réellement sans faire violence à la réalité et à l'indivisibilité des substances, la loi le fait par une fiction civile, afin que les cohéritiers conservent chacun le droit qui leur appartient. Que si, par le partage ou par une Licitation, l'un des cohéritiers se rend adjudicataire de la totalité de la chose indivisible, la fiction de la loi cesse, et les choses retournent à leur nature et à leur vérité; et celui qui s'est rendu propriétaire par le partage ou par la Licitation, est réputé l'avoir toujours été; ou plutôt la fiction de la loi opère que celui duquel la portion est vendue, n'a jamais été propriétaire ».

Cette maxime qu'ont adoptée Dumoulin, Lebrun, Brodeau et Pothier, a été confirmée par un arrêt rendu au parlement de Paris, le 3 mai 1743, dans l'espèce suivante : — Le sieur Jacquesson et la veuve Bunot sa sœur, qui avaient long-temps, par indivis, joui d'une maison que leur mère leur avait laissée en mourant, ayant jugé à propos de la faire liciter, la veuve Bunot s'en rendit adjudicataire, et paya à Jacquesson son frère la part qui lui revenait. — Postérieurement à ce paiement, les demoiselles Dufour, créancières de Jacquesson, formèrent une demande en déclaration d'hypothèque contre la veuve Bunot : cette dernière se défendit en disant, qu'au moyen de la Licitation, elle tenait la totalité de la maison à titre successif. Ces raisons ne furent point admises au châtelet, qui déclara la maison affectée aux hypothèques résultantes des engagemens de Jacquesson : mais cette sentence fut infirmée par l'arrêt cité.

Il suit de cette maxime que les créanciers particuliers de chacune des parties licitantes n'ont aucune hypothèque sur la chose licitée, et qu'ils peuvent seulement intervenir à la Licitation et saisir le droit de leur débiteur, à l'effet de toucher sa part dans le prix de la Licitation : mais lorsqu'ils l'ont laissé toucher à leur débiteur, ils ne peuvent rien demander à l'adjudicataire, attendu qu'il n'est pas censé avoir acquis de ses colicitans. — [[*V.* l'art. 882 du Code Napoléon, rapporté au mot *Partage*, §. 6, n. 2.]]

III. Les colicitans de l'adjudicataire n'étant pas proprement vendeurs de leurs parts, ils ne sont pas tenus de la même garantie que celle dont un vendeur est tenu envers un acheteur ; et qu'ils sont tenus de celle qui a lieu entre des copartageans, laquelle consiste seulement dans la restitution de ce que chacun des colicitans a touché du prix de la Licitation, soit pour le total, si l'adjudicataire a souffert éviction du total, soit pour partie, s'il n'a souffert éviction que d'une partie. (M. Guyot.) *

[[IV. Ne résulte-t-il pas encore de la maxime dont il s'agit, que l'héritier acquéreur par Licitation ne peut pas, dans ses rapports avec ses cohéritiers, être considéré comme un tiers-possesseur ? Cette question a beaucoup agité les esprits dans notre législation intermédiaire.

Les lois des 5 brumaire et 17 nivose an 2, ayant, par une disposition rétroactive, ordonné le partage égal de toutes les successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789, et cependant maintenu ceux qui avaient, depuis cette époque, acquis à titre onéreux des héritiers et légataires qu'elles dépouillaient, il s'est agi de savoir comment devait être

Source : BIU Cujas

traité, à cet égard, celui qui dans une Licitation ouverte entre lui et ses cohéritiers ou colégataires, s'était rendu adjudicataire d'un bien indivis, et leur en avait payé la valeur, sa part déduite.

En conséquence, il a été proposé à la convention nationale de décider, « si de plusieurs institués déchus, successibles ou non, celui qui avait acquis par Licitation ou autrement, les parts des autres, antérieurement au 5 brumaire, devait être, pour ces parts, assimilé aux tiers-possesseurs à titre onéreux, et maintenu, sauf l'action des héritiers naturels sur le prix, en quelques mains qu'il fût passé ».

Et qu'a répondu la convention nationale? nous l'apprenons par l'art. 25 du décret du 9 fructidor an 2 : — « Que l'affirmative n'est pas douteuse, et que, sans cela, l'acquéreur, même par Licitation, tenu au rapport de ces parts, dont souvent il aurait soldé le prix, resterait en éviction, ou courrait, pour le recouvrement, des risques qui concernent plus naturellement les héritiers rappelés; qu'enfin et par rapport à ces parts, le contrat ne présente qu'une acquisition à titre onéreux ».

Mais l'année suivante, l'effet rétroactif des lois des 5 brumaire et 17 nivose an 2 a été rapporté; et les résultats de ce rapport ont été réglés par la loi du 3 vendémiaire an 4.

L'art. 1er de cette loi *maintient les droits acquis de bonne foi aux tiers-possesseurs des biens sur lesquels avait frappé* l'effet rétroactif.

L'art. 4 n'oblige qu'à la restitution du prix, l'héritier qui a aliéné des biens sujets à restitution.

L'art. 11 abolit et annulle *tous procès, tous jugemens, partages ou autres actes et clauses qui ont leur fondement dans les dispositions des lois des 5 brumaire ou 17 nivose an 2, ou dans les dispositions interprétatives des lois subséquentes.*

On sent que ces trois articles ont dû faire renaître la question décidée momentanément par le décret circonstanciel du 9 fructidor an 2; et en effet, on a soutenu que la Licitation n'étant qu'un mode de *partage*, ou au moins un *jugement*, enfin un *acte* quelconque, l'acquéreur par Licitation ne pouvait exciper ni de l'art. 1er ni de l'art. 4, et qu'il se trouvait tout naturellement compris dans la disposition de l'art. 11.

La question s'est présentée dès le 14 frimaire an 4, au tribunal civil du département de l'Eure, qui, se fondant sur l'art. 25 du décret du 9 fructidor an 2, et sur l'art. 1er de la loi du 3 vendémiaire an 4, a maintenu les droits de l'acquéreur par Licitation. — Mais sur l'appel, le tribunal civil du département de Seine et Oise a réformé ce jugement et a évincé l'acquéreur, par le motif que la licitation est comprise dans les *partages, jugemens et autres actes abolis* par l'art. 11 de la loi du 3 vendémiaire an 4.

L'acquéreur s'est pourvu en cassation, mais sa requête a été rejetée, « attendu que le jugement attaqué avait fait une juste application de la loi ».

Je ne trouve pas la date précise de l'arrêt qui prononce ce rejet; mais il en est parlé, comme d'une décision toute récente, dans un message du directoire exécutif au conseil des cinq-cents, du 10 thermidor an 4.

Ce message, qui avait pour objet de faire décider la question par une loi nouvelle, a été renvoyé le surlendemain, par le conseil des cinq-cents à une commission spéciale pour lui en faire le rapport.

Mais sur le rapport fait par cette commission, le 24 pluviose an 5, il a été reconnu que la décision adoptée par la cour de cassation, était conforme aux vrais principes, et qu'il n'était besoin d'aucune nouvelle mesure législative. En conséquence, le conseil des cinq-cents a passé à l'ordre du jour sur le message]].

[§. IV. *Des effets de la Licitation par rapport aux droits seigneuriaux.*

I. Lorsque, dans le premier âge de notre jurisprudence, on appliqua l'usage de la Licitation aux partages ordinaires, on n'en vit résulter aucun inconvénient.]

* Il n'en fut pas de même dans les partages des fiefs. Comme cette matière a des principes qui lui sont particuliers, comme elle était inconnue aux Romains, il nous fallut marcher sans lisière, et nous fîmes bien des faux pas.

Il paraît que les Licitations des fiefs ne donnèrent d'abord aucun ombrage aux seigneurs : mais vers le commencement du seizième siècle, ils crurent y voir une fraude à leurs droits; ils crurent y voir une véritable vente, et voulurent en exiger le quint et les lods. *La bonté et simplicité de nos prédécesseurs*, dit d'Argentrée, *ne s'en était beaucoup éveillée, souffrant en bonne paix que chacun se dépêchât en cela par grace et concorde à titre de partage..... jusqu'à ce que aucuns, par aventure plus avisés que prud'hommes, ont voulu profiter parmi les affaires de leurs voisins, et ont commencé à tirer cela à titre et autre conséquence de vente.*

Cette prétention des seigneurs a donné lieu à une multitude de procès qui, après bien des variations, des incertitudes, ont enfin conduit à la jurisprudence qui existe aujourd'hui.

II. On voit par le commentaire de Dumoulin, sur l'art. 22 de l'ancienne coutume de Paris, qu'on tenait alors communément, que la Licitation, quel que fût l'adjudicataire, donnait ouverture aux droits féodaux. Cet auteur s'éleva avec la plus grande force contre cette opinion; il établit que la Licitation n'était qu'une manière de partager, et que conséquemment elle devait avoir les mêmes prérogatives que le partage : mais comme il voyait beaucoup d'opposition dans les esprits, il n'osa aller jusqu'à dire que cette exemption devait avoir lieu lors même que des étrangers avaient été admis à surenchérir; il convint au contraire qu'en ce cas, le parent adjudicataire devait au seigneur les droits féodaux.

Source : BIU Cujas

Les efforts de Dumoulin contre l'ancienne opinion ne tardèrent pas à produire quelques effets. En 1538, on jugea que le cohéritier adjudicataire ne devait point les lods et ventes pour sa part dans la chose licitée, mais seulement pour les portions de ses cohéritiers. Cette jurisprudence était encore bien loin de la perfection; mais c'était toujours un premier pas. Quelque temps après, Dumoulin écrivit son traité des censives : encouragé par le succès, il crut pouvoir aller beaucoup plus loin; non seulement il décida que la Licitation entre cohéritiers ne donnait ouverture à aucune espèce de droits féodaux, mais il ajouta, contre ce qu'il avait dit sur l'art. 22, que le seigneur n'avait rien à prétendre, même dans le cas où un étranger avait été admis à surenchérir : *nec obstat quòd extraneus licitator fuit admissus, quia victus fuit et repulsus; ex quo res remansit socio, et sic idem est ac si solùm inter socios fuisset Licitatio.*

C'est cette dernière opinion de Dumoulin qui a prévalu : elle est aujourd'hui universellement adoptée.

III. En 1580, on procéda à une nouvelle réformation de la coutume de Paris; on sentit le besoin d'une loi concernant les Licitations, et les réformateurs ajoutèrent l'art. 80, qui porte : « Si l'héritage ne se peut partir en cohéritiers, et se licite par justice sans fraude, ne sont dues aucunes ventes pour l'adjudication faite à l'un deux; mais s'il est adjugé à un étranger, l'acquéreur en doit vente ».

Cet article, calqué sur les lois romaines, mais bien moins sage, bien moins étendu qu'elles, loin de trancher la difficulté, donna lieu à de nouvelles contestations. Les lois romaines exigent, à la vérité, que l'héritage ne puisse se partager; mais elles ajoutent, commodément, *cùm commodè aliquis ager dividi non potest.* Les rédacteurs de l'art. 80 ayant oublié cette modification importante, ce fut un beau prétexte pour la cupidité des seigneurs; ils prétendirent que les termes de l'article, *ne se peut*, étant absolus, il fallait, pour affranchir l'adjudicataire du quint et des lods, que le partage de l'objet licité fût physiquement impossible. Après bien des débats, les idées se sont enfin fixées, et la jurisprudence française s'est conformée à celle des Romains : les arrêts ont jugé qu'il n'était pas juste de donner au seigneur, encore moins à son fermier, sous prétexte de la prétention d'un droit de vente qui doit être levé avec civilité, de pénétrer dans le secret des familles et d'empêcher les accommodemens entre les cohéritiers. Par arrêt rendu contre l'abbesse de Gomarre, le 17 mai 1634, il a été jugé qu'une impossibilité morale suffisait, c'est-à-dire, le peu de commodité. (*Lecamus, Observations sur l'art.* 80.)

IV. Par une autre omission non moins impardonnable, les rédacteurs de cet art. 80 oublièrent encore de déclarer s'ils assimilaient les associés, les légataires, etc., aux cohéritiers. Il était tout simple de se référer aux lois romaines, qui les rangent tous dans la même classe; on aima mieux disputer, et ce n'est qu'après bien des contestations que la jurisprudence s'est fixée.

On jugea d'abord, par une sorte d'identité, que la Licitation d'un conquêt de communauté entre le survivant et les héritiers du prédécédé, ne donnait ouverture ni aux lods ni au quint : il y en a deux arrêts rapportés par Brodeau sur Louet, lett. I, §. 9; le premier est du 11 janvier 1607, le second du 19 août 1643.

La chose souffrit beaucoup de difficultés à l'égard des autres associés. La femme, disait-on, n'est rien moins qu'étrangère à la famille de son mari, puisqu'il y a des cas où la loi l'appelle à en recueillir la succession; l'application qu'on lui fait de l'art. 80, ne doit donc point tirer à conséquence en faveur des autres associés : et sur ce principe, on jugea le 9 janvier 1593, que l'objet commun à plusieurs associés étant vendu par Licitation, l'adjudicataire, quoique l'un des associés, devait les droits seigneuriaux, sa portion contingente déduite.

Cet arrêt qui est rapporté par Bacquet, *des francs fiefs*, chap. 7, choquait directement les lois romaines; aussi n'eut-il point d'influence. L'opinion contraire prévalut peu à peu, et les simples associés jouissent aujourd'hui de l'exemption que l'art. 80 accorde aux cohéritiers. « Je n'ai jamais mis de différence entre les titres *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* : en sorte que la chose soit commune à titre universel ou singulier, je crois qu'il n'est point dû de lods et ventes de la Licitation faite par un des consorts ». (*La Peyrère, lettre. V. n.* 7.) « Il doit aussi avoir lieu entre les autres associés ou copropriétaires en un droit universel, soit par le fait de la coutume ou de l'homme ». (*Duplessis, sur le titre* des Censives *de la coutume de Paris, liv.* 2, *ch.* 2, *sect.* 1.)

V. Les deux imperfections que nous venons de faire voir dans notre art. 80, proviennent du défaut de conformité de cet article avec les lois romaines. Pour s'y être conformés trop scrupuleusement sur un autre point, les rédacteurs ont inséré dans le même article un troisième vice dont nous allons parler. *Si l'héritage se licite par justice sans fraude.....* de ces expressions il résulte clairement que la Licitation ne peut affranchir l'adjudicataire, que lorsqu'elle est faite en justice : une décision aussi précise ne pouvait manquer de subjuguer les commentateurs : aussi Duplessis dit-il formellement : *Il faut que cette Licitation soit faite en justice.* Telle est en effet la disposition des lois romaines : mais quelle différence entre les usages des Romains et les nôtres sur les partages! Chez eux, les notaires n'avaient point la juridiction volontaire, telle que les nôtres l'exercent; tous les partages se faisaient en présence du juge ou des arbitres par lui délégués, et la forme des adjudications était : *ad talem summam condemno;* il n'était pas même donné à tous les juges de proférer ces paroles. Les notaires ne pouvaient donc prononcer un pareil jugement; ils ne pouvaient donc faire

Source : BIU Cujas

l'adjudication de l'immeuble licité. Les fonctions des notaires, et la forme des jugemens étant tout-à-fait différentes parmi nous, les réformateurs n'avaient aucun motif raisonnable de faire passer dans nos mœurs un usage uniquement fondé chez les Romains sur des circonstances particulières. Aussi cette disposition a-t-elle été rejetée par les auteurs et la jurisprudence modernes. *La Licitation en justice ne se fait plus nécessairement que pour les mineurs..; et même les arrêts ont ôté la nécessité d'un rapport préalable, pour savoir si la chose pouvait commodément se partager.* Guyot, de la Licitation, chap. 2.

IV. Une déférence trop aveugle pour l'autorité des lois romaines a encore jeté les jurisconsultes français dans une autre erreur : comme suivant ces lois, la nécessité de vendre est le motif de la Licitation, nos anciens auteurs, même les plus célèbres, Dumoulin, d'Argentrée, Coquille, nous ont présenté cette nécessité comme étant aussi la cause de l'exemption des droits seigneuriaux : puisque la vente est nécessaire, ont-ils dit, elle ne doit donc donner ouverture ni aux quints, ni aux lods. — Mais si la nécessité de la vente est une cause suffisante pour affranchir l'acquéreur des droits seigneuriaux, pourquoi n'est-on pas allé jusqu'à dire qu'il en était exempt dans les adjudications par décret? Pourquoi n'en a-t-on pas exempté pareillement l'étranger adjudicataire de l'objet licité? En effet, que la chose ait été adjugée à un étranger ou à un cohéritier, la vente n'en était pas moins nécessaire.

La nécessité de vendre ne peut donc être le motif de l'exemption des droits seigneuriaux. Quelle est la véritable cause de cet affranchissement? C'est que l'objet licité étant adjugé à un associé, à un cohéritier, il n'y a pas changement de main, il n'y a pas de mutation de propriétaire; parcequ'avant l'adjudication, la propriété de cet adjudicataire était répandue sur toute l'étendue du fief et en affectait toutes les parties; parcequ'il avait dès-lors un droit indivis, un droit universel sur la chose, *conjunctum dominium, conjunctam possessionem;* parcequ'enfin ce n'est pas précisément la chose qu'il a acquise, mais la faculté d'en disposer à son gré, et l'extinction des droits de ses copropriétaires.

VII. Avec ce principe, on résout aisément plusieurs questions que les auteurs ont agitées. La discussion de ces difficultés nous mènerait trop loin; je dirai seulement qu'à quelque titre que les colicitans soient associés, l'adjudication faite à l'un d'eux ne donne ouverture ni au quint ni aux lods, lorsque cet adjudicataire avait originairement un droit indivis et universel sur la chose; qu'au contraire le seigneur peut les exiger par partie, lorsque cet adjudicataire n'était que propriétaire partiel de l'objet licité; et pour le tout, s'il n'avait rien dans la propriété du fief.

C'est en conformité de ces principes, que par arrêt du 1er septembre 1724, confirmatif d'une sentence du bureau des finances d'Orléans, le parlement de Paris a débouté le receveur général des domaines de sa demande des lods et ventes de la Licitation d'un fief, faite devant notaires, entre les légataires du nommé Meneger et sa femme, qui avaient acquis ce fief durant leur mariage.

Par arrêt du 29 mai 1699, le parlement de Bordeaux a jugé qu'il n'était point dû de droits seigneuriaux pour une Licitation volontaire de biens que le seigneur soutenait qu'on avait pu facilement partager.

Par un autre arrêt du 24 mars 1733, le parlement de Paris a réformé une sentence de la juridiction temporelle de l'archevêché de Paris, par laquelle il avait été jugé qu'il était dû des lods à M. l'archevêque, pour une Licitation faite devant notaires, de deux maisons, sur le fondement que la Licitation avait dû être faite en justice, et que le partage était facile.

Cet arrêt juge encore, 1° que le temps qui s'est écoulé entre l'acquisition et la Licitation, n'est d'aucune considération pour l'assujettissement aux lods; 2° que l'affranchissement a lieu quand même les objets licités seraient absolument distincts et indépendans l'un de l'autre.

Voici le fait tiré des mémoires respectifs. — Le 30 avril 1681, le sieur Philippe de Turmenies se rend adjudicataire par décret aux requêtes du palais, de deux maisons sises rue des Boucheries-Saint Honoré. Le sieur de Turmenies, par acte du même jour pardevant notaires, déclare que la moitié est au profit du sieur du Cornet. — Les acquéreurs jouirent en commun jusqu'en 1695, que le légataire du sieur de Turmenies forma sa demande en partage des deux maisons, et où on ne pourrait les partager, qu'elles seraient licitées. Cette demande n'eut aucune suite; le sieur du Cornet, et depuis ses enfans, continuèrent de jouir en commun avec le légataire du sieur de Turmenies, jusqu'en 1719, qu'il y eut une nouvelle demande qui fut encore abandonnée. — Le 28 juillet 1719, les enfans du sieur du Cornet, et le légataire du sieur de Turmenies, tous majeurs, passent un acte pardevant notaires, par lequel il est dit, que pour éviter les frais d'une Licitation en justice, ils licitent entre eux sous quatre conditions : 1° que les principaux des rentes qui seront constituées pour tout ou pour partie, ne seront remboursés qu'après le décès de celui au profit de qui elles seront créées; 2° que les réparations faites l'année précédente aux deux maisons, montantes à 16,565 liv., seront entièrement payées par l'adjudicataire; 3° que l'adjudicataire pourra faire un décret volontaire. Ensuite on procède à la Licitation. Les sieurs du Cornet sont adjudicataires, moyennant 112,000 livres, dont 40,000 liv. payées en argent comptant, rente pour le surplus. — M. l'archevêque de Paris demande les lods et ventes. Le 5 juin 1730, sentence en la temporalité, qui les lui adjuge : appel par les sieurs du Cornet. — Les moyens de M. l'archevêque étaient que la Licitation était frauduleuse.

Source : BIU Cujas

1° qu'on avait abandonné la demande en justice pour frauder le seigneur, demande réitérée en deux temps différens ; 2° que les maisons étaient éloignées l'une de l'autre, qu'elles pouvaient se partager, qu'il n'y avait qu'une soulte à faire ; 3° que l'art. 80 n'était pas pour les copropriétaires à prix d'argent ; et enfin il opposait un arrêt rendu au rapport de M. de Vienne le 20 mars 1626, qu'il disait avoir adjugé les droits en cas pareil. — Les sieurs du Cornet répondaient, 1° que la fraude ne se présumait pas ; 2° qu'ils étaient tous majeurs ; 3° que le partage aurait produit une soulte considérable, dont les copropriétaires ne sont point obligés de se charger ; 4° que c'était pour ces inconvéniens que la Licitation avait été introduite ; 5° que tous les auteurs mettaient de niveau les copropriétaires et les cohéritiers ; 6° que les arrêts n'astreignaient point les majeurs à liciter en justice avec les formalités de l'art. 80 ; que M. l'archevêque convenait qu'entre cohéritiers majeurs, le rapport préalable n'était point nécessaire ; que les copropriétaires devaient avoir la même faveur, puisqu'on avait étendu l'art. 80 à eux, parcequ'ils suivaient les mêmes règles, avaient les mêmes causes pour liciter, et couraient les mêmes inconvéniens. — Sur ces moyens, intervint l'arrêt qui infirma la sentence et déchargea les sieurs du Cornet des condamnations contre eux prononcées avec dépens.

Cet arrêt juge bien nettement la question entre deux copropriétaires licitant volontairement deux maisons qu'on pouvait croire absolument partageables, et consacre ces maximes de Dumoulin et de d'Argentrée, *sive velint*, *sive nolint dividere*.

VIII. Les lods sont-ils dus lorsque le légataire licite avec l'héritier du sang un immeuble faisant partie de la succession et du legs ?

On peut dire pour l'affirmative, que l'art. 80 de la coutume de Paris n'affranchit du droit de lods que les Licitations entre cohéritiers ; mais la jurisprudence des arrêts a étendu la disposition de cette coutume, et c'est aujourd'hui un principe certain que cet affranchissement doit avoir lieu lorsque la Licitation se fait *entre tous les autres associés ou copropriétaires dans un droit universel, soit par le fait de la coutume ou de l'homme.* Ce sont, comme on l'a déjà vu, les termes de Duplessis. Cette maxime forme la treizième règle du titre *des cens* des Institutes de Loysel : *de partage, Licitation et adjudication entre cohéritiers ou* COPARSONNIERS, *ne sont dus lods ni ventes.* On trouve la même décision dans Brodeau sur Louet, lettre L, §. 9. Voici les termes de cet auteur : *Je passe plus outre, et je dis que cet article doit être aussi étendu à tous autres associés, coparsonniers ou copropriétaires d'un droit universel, soit par le fait de la coutume, soit par le fait de l'homme.* — Ainsi, règle générale, il n'est pas nécessaire pour l'affranchissement des lods que la Licitation soit faite entre cohéritiers ; elle a la même efficacité toutes les fois que les colicitans sont copropriétaires ou coparsonniers d'un droit universel, c'est-à-dire, qu'ils ont tous ensemble *conjunctum dominium, conjunctam possessionem.*

A la vérité, cette règle reçoit une modification : on exige, pour l'affranchissement des lods, *que l'association ou communauté soit introduite par la disposition de la loi ou de l'homme, ou du moins qu'elle ait été formée ab initio* : ce sont encore les termes de Duplessis. Cette restriction a pour objet de prévenir les fraudes qu'on ne manquerait pas de pratiquer au préjudice des seigneurs, en vendant une petite portion de l'objet commun à un étranger auquel on ferait ensuite tomber l'adjudication.

Mais hors ce cas, tous les propriétaires *ab initio*, comme dit Duplessis avec tous les auteurs, peuvent liciter l'objet commun, sans être assujettis à aucun droit au profit du seigneur.

Le motif de cette décision est très juste : c'est que l'objet ainsi licité étant adjugé à un copropriétaire, il n'y a pas de changement de main, il n'y a pas de mutation ; et pourquoi ? Nous l'avons déjà dit : parcequ'avant l'adjudication, la propriété de l'adjudicataire était répandue sur toute l'étendue de l'immeuble commun, et en affectait toutes les partie ; parcequ'il avait dès-lors un droit universel sur la chose ; parcequ'enfin il n'a véritablement acquis que l'extinction des droits de ses copropriétaires.

Or, le légataire universel a un droit universel sur tous les immeubles qui composent cette succession ; et s'il n'est pas du nombre des héritiers, il est du moins leur copropriétaire par indivis et *ab initio*. Les uns et les autres tiennent de la même personne.

Quoique l'héritier du sang ait sa vocation dans la loi, il n'en est pas moins vrai qu'il prend de la main du défunt. *Le mort saisit le vif.* C'est pareillement du défunt que le légataire tient son droit. Il est donc vrai de dire que leur titre est commun ; de plus, leurs droits se sont ouverts à la même époque. L'héritier, le légataire sont donc copropriétaires *ab initio*. Les lois n'en demandent pas davantage pour affranchir la Licitation du droit de lods.

Aussi Guyot, qui a examiné cette matière sous toutes ses faces, dit-il expressément que, dans cette espèce, la Licitation entre le légataire et l'héritier est affranchie du droit de lods. « Tous les copropriétaires *sine societate*, tels que sont les cohéritiers, *colégataires*, codonataires, conjoints, partageans ou licitans *avec les cohéritiers du prédécédé*, ne doivent aucuns droits seigneuriaux. » (*Traité des fiefs, tom.* 1, *pag.* 28.)

Enfin la question a été jugée *in terminis* par l'arrêt du parlement de Bordeaux, du 29 mai 1699, que nous avons déjà cité : cet arrêt a décidé qu'il n'était point dû de droits seigneuriaux pour une Licitation volontaire entre le nommé Descan, légataire de sa femme, et Jeanne Jeannet, héritière

Source : BIU Cujas

naturelle. L'annotateur de La Peyrère, qui rapporte cet arrêt, *lettre* V, *n.* 5, ajoute, que la difficulté consistait en deux points: 1° l'acte était fait par contrat volontaire, et non par autorité de justice: 2° *Descan était étranger à sa femme, à quoi la cour n'eut point d'égard.*

IX. On va même beaucoup plus loin: on décide qu'entre héritiers de diverses lignes, la Licitation est exempte des lods. Cependant ces différens héritiers n'ont pas un titre commun, mais ils sont copropriétaires *ab initio*, il n'en faut pas davantage. Duplessis rapporte un arrêt rendu dans la coutume de Chartres, le 29 mars 1615, sur un partage fait entre deux légataires particuliers, l'un du mari, l'autre de la femme, de deux tiers de la communauté, chacun pour moitié, par lequel partage l'une des terres était entièrement échue à un des colégataires, moyennant une somme d'argent à l'autre; et il fut dit qu'il n'en était point dû de droits au seigneur, parceque ce partage était plutôt un accommodement qu'une vente.

X. Mais, comme on l'a déjà dit, si les biens sont adjugés à un étranger, c'est-à-dire, à celui qui n'y avait aucun droit lorsqu'ils étaient possédés en commun, c'est une acquisition qu'il fait, et il doit les lods et ventes de la totalité.

S'ils sont adjugés à celui qui n'y avait droit qu'en qualité d'acquéreur de la portion de l'un des copropriétaires originaires, cet adjudicataire doit les droits seigneuriaux des portions dont il devient propriétaire par le moyen de l'adjudication, indépendamment des droits qu'il a dû payer pour l'acquisition de la première portion; en sorte qu'il doit les lods de la totalité.

[Ce principe a été confirmé de la manière la plus solennelle par un arrêt du 31 janvier 1637, rapporté par Brodeau sur l'art. 80 de la coutume de Paris, et dans le Journal des audiences.]

Dans l'espèce de cet arrêt, un étranger avait commencé par acheter un huitième indivis, appartenant à un cohéritier, dans une maison sise sous la censive du chapitre de Saint-Germain-l'Auxerrois; il avait ensuite provoqué la Licitation, sur laquelle il s'était rendu adjudicataire des sept autres huitièmes des autres copropriétaires qui entre eux étaient cohéritiers.

Il prétendait qu'étant aux droits d'un des cohéritiers qui n'eût point payé de lods suivant l'art. 80, si c'eût été lui qui, étant colicitant, se fût rendu adjudicataire, il ne devait non plus en payer aucun.

L'arrêt jugea au contraire, et le condamna au paiement des droits de lods et ventes des sept huitièmes, comme il les avait payés du premier huitième qu'il avait acquis.

Ainsi, il fut jugé, qu'étranger dans la première acquisition d'un huitième indivis, il était de même nécessairement étranger dans l'acquisition qu'il avait faite des sept autres huitièmes par Licitation.

Ce qu'on a jugé contre un acquéreur d'un huitième indivis, a son application juste et naturelle contre les acquéreurs de toute autre portion indivise plus ou moins forte qu'un huitième: ce n'est point la quotité plus ou moins forte de la part indivise qui détermine si l'adjudication est faite à un étranger ou à un cohéritier; c'est la qualité inhérente à la personne et selon laquelle la première portion indivise est avenue au copropriétaire: si en lui avenant, il en a dû des droits de lods et ventes, il faut nécessairement qu'il doive des lods et ventes des autres portions indivises, quand elles lui avienent par Licitation.

Autrement, rien ne serait plus facile que de frauder les droits des seigneurs, droits qui, à la vérité, ne doivent pas être étendus au-delà des cas où ils sont dus, parcequ'ils dérivent de la convention faite entre le seigneur censier et le preneur à cens dans l'acensement; que les conventions sont de droit étroit, et qu'on ne peut les étendre; mais droits très légitimes et qu'on ne peut trop soutenir dans les cas où ils sont dus, parcequ'alors ils sont dus par une convention si fréquente et si fort du goût de la nation dans les premiers baux à cens, qu'elle est devenue un droit commun, et que toutes les coutumes en ont fait un titre particulier.

Celui qui voulant acheter un héritage considérable, voudrait frauder le seigneur de la plus grande partie de ses droits, commencerait par en acheter une portion indivise, ou du propriétaire même qui aurait le tout, ou de l'un des copropriétaires, s'il y en avait plusieurs; il en paierait les droits, après quoi il pourrait provoquer, ou faire provoquer contre lui-même (car l'un n'est pas plus difficile que l'autre), une Licitation sur laquelle il se rendrait adjudicataire du surplus, sans payer aucun droit.

Ce ne peut être là l'esprit d'une loi qui ayant porté son attention jusqu'à exclure, dans le cas de fraude, l'affranchissement qu'elle accorde des lods et ventes au cohéritier adjudicataire par Licitation de l'héritage commun entre lui et ses cohéritiers, ne peut jamais être présumée avoir voulu autoriser le même affranchissement dans le cas de l'adjudication par Licitation faite à un copropriétaire, qui, étant étranger et non cohéritier, frauderait nécessairement le seigneur de ses droits, contre la disposition de la coutume, qui les lui donne contre tous les adjudicataires étrangers.

C'est ce qui a encore été jugé par arrêt rendu au rapport de M. l'abbé Lorenchel, le 6 février 1740. Denizart rapporte cet arrêt aux mots *lods et ventes*; en voici l'espèce. — M. de Goussainville avait laissé dans sa succession deux maisons contiguës situées à Paris, rue de la Verrerie, l'une grande, et l'autre petite. Ses héritiers en vendirent le cinquième indivis au sieur Lai de Serizy, le 2 juillet 1732, qui paya les droits pour le cinquième. — Environ un an après, M. Tauxier, conseiller à la cour des aides, acheta les quatre autres cinquièmes, moins un seizième des mêmes maisons, dont il paya aussi

Source : BIU Cujas

les droits. — Ces ventes furent suivies d'une convention entre les deux acquéreurs, portant promesse de ne se point croiser dans l'acquisition qui restait à faire, et de partager le tout après cette acquisition, de manière que M. Tauxier devait avoir la grande maison, et le sieur de Serizy la petite. — Après cette convention, la Licitation des deux maisons fut poursuivie contre le propriétaire du seizième; et par l'adjudication, la convention faite entre M. Tauxier et le sieur de Serizy, se trouva exécutée. Alors le receveur des domaines demanda les lods et ventes, tant à M. Tauxier qu'au sieur de Serizy, pour les portions indivises qu'ils avaient réunies, par la Licitation, aux acquisitions qu'ils avaient précédemment faites. Il disait au sieur de Serizy : Vous n'avez acquis originairement et payé les droits que des deux cinquièmes de votre maison; vous n'avez été adopté pour censitaire que de ces deux cinquièmes. Ce qui restait de plus à acquérir, et qui a été acquis volontairement et par Licitation, tant par M. Tauxier que par vous, vous était étranger. Il opposait la même chose à M. Tauxier; et il ajoutait qu'ils n'avaient pas un titre commun *ab initio*, ni aucun droit primitif, originaire, individuel, dans les maisons qu'ils avaient séparément acquises. — Le sieur Tauxier et le sieur de Serizy répondaient que la convention faite entre eux, ne pouvait passer pour une cession ou pour un échange; mais que c'était un partage d'autant moins sujet aux droits, qu'étant tous deux copropriétaires de deux maisons indivisibles, la convention avait simplement fixé à chacun d'eux les parties indivises qu'ils avaient dans le tout, et qu'il n'y avait point de mutation de propriété. — Ces raisons ne firent aucune impression : la cour regarda la convention faite entre le sieur Tauxier et le sieur de Serizy, comme une cession de droits qu'ils s'étaient faite; et par l'arrêt, ils furent condamnés à payer les lods et ventes à cause de ces mêmes cessions.

XI. On juge même, dans la coutume de Paris, que si la Licitation est faite entre un cohéritier et un tiers-acquéreur, les lods sont dus, soit que l'adjudication soit faite à l'un ou à l'autre.

Et Duplessis dit que quand l'un des copropriétaires a vendu sa part indivise de l'héritage à un étranger qui provoque ensuite la Licitation, les droits seigneuriaux sont dus de la moitié, soit que l'étranger s'y rende adjudicataire, ou le cohéritier licitant avec lui, comme l'ont jugé, dit-il, deux arrêts des 31 janvier 1637 et 21 janvier 1639. Cette décision est fondée sur ce qu'ils ne se trouvent copropriétaires en pareil cas par aucune association ou communauté introduite par la disposition de la loi ou de l'homme, qui ait été forcée dans l'origine.

Par un autre arrêt du 13 décembre 1640, le parlement de Paris a jugé que les lods et ventes étaient dus pour raison d'une Licitation faite entre un cohéritier propriétaire à titre successif de la moitié des biens licités, et un tiers acquéreur de l'autre moitié, quoique ces biens eussent été adjugés à ce cohéritier.

La même cour a confirmé cette jurisprudence par un autre arrêt du 22 août 1749, rendu dans l'espèce suivante. Il s'agissait d'une maison échue par succession aux deux enfans de Robert Vitry. Michel Deschamps ayant acquis la portion indivise de l'un d'eux, dont il paya les lods, la Licitation fut provoquée par Marie Vitry, fille de Robert Vitry; et la maison lui fut adjugée, à titre de Licitation, par sentence du châtelet en 1729. Sur la demande formée en 1744, des lods de la moitié acquise par cette Licitation, l'héritier de Marie Vitry soutenait qu'il n'en était point dû lorsque l'adjudication était faite à l'un des héritiers propriétaire dès le commencement, attendu qu'il ne devait pas souffrir de ce que son copropriétaire, au même titre, avait vendu sa portion à un tiers : mais, par sentence du 5 août de la même année, qu'a confirmée l'arrêt cité, la chambre du domaine jugea au contraire de cette prétention.

[On parviendrait sans doute difficilement à renverser une jurisprudence aussi constante; mais on ne peut se cacher qu'il est plus difficile encore de la justifier par de bonnes raisons. Ne présente-t-elle que l'inconvénient de laisser un héritier maître de frustrer tous ses cohéritiers de l'affranchissement attaché à la Licitation, c'en serait assez pour l'empêcher au moins de s'introduire dans les pays où elle n'a pas encore pénétré.

Aussi les annotateurs de Duplessis tiennent-ils l'opinion contraire. Voici leurs termes :]

« Plusieurs sont d'avis que la simple qualité de copropriétaires par indivis, étant suffisante pour admettre la Licitation entre eux, si l'un est adjudicataire, il doit être exempt des droits seigneuriaux, parceque le même principe de la liberté que les cohéritiers doivent avoir de se tirer d'une communauté qui cause des procès, milite également entre copropriétaires; c'est le sentiment de Dumoulin, §. 22 de l'ancienne coutume de Paris, n. 69 et 70; de Pontanus sur l'art. 88 de celle de Blois; de Mornac sur la loi 1, C. *communi divid.*; de Loysel en ses instit. coutum., tit. *des cens*, art. 13; de Coquille, quest. 32; de Louet, lett. L, §. 9; de Du Ferrier sur la décision 48 de Guypape; de Tronçon, Joly, Guérin, Brodeau et Ricard sur l'art. 80 de la coutume de Paris, où le dernier estime qu'on doit retrancher le mot *cohéritiers*, ou ajouter *et autres*. Cette opinion, qui passe aujourd'hui pour commune au palais, doit faire décider le contraire de l'arrêt de 1639, qui est cité par l'auteur, parceque l'un des anciens copropriétaires étant adjudicataire par la Licitation qui a été faite avec l'étranger acquéreur d'une portion indivise, ne doit pas être de pire condition que le serait un cohéritier adjudicataire qui ne doit point de droits, quoiqu'on ait admis des étrangers à enchérir ».

L'annotateur de Boutaric pense de même que, dans ce cas, « l'ancien propriétaire ne doit rien, parceque la portion qu'il a conservée, se réfère au

Source : BIU Cujas

titre de son ancienne propriété, qui a déjà payé le droit, si ce titre était une vente, ou qui en a été exempt, si ce titre était d'une autre nature». (*Traité des droits seigneuriaux*, titre des *lods*, §. 9, 4, 16.)

[XII. Le principe général qui affranchit la Licitation des droits seigneuriaux, a-t-il lieu dans la coutume de Troyes?

Ce qui peut nous en faire douter, ce sont les dispositions que cette coutume renferme sur les soultes de partage.]

Elle porte, art. 36, que « si, en faisant les partages d'aucuns héritages mouvans de fiefs échus par succession à aucuns en ligne directe, il y a soulte, il n'est dû, pour raison desdites soultes, aucuns quints et requints ». —Et c'est ainsi que Legrand le décide sur l'art. 57, glose 1, n. 1 : « Notre coutume (dit-il), a disposé généralement et sans distinction en l'art. 36, qu'il n'était dû aucuns quints et requints pour raison des soultes données en faisant partage des héritages de fief; ce qui est conforme à la raison de droit, et n'y avait pas raison d'ordonner le contraire pour les héritages de roture; ce qui forme une contradiction dans notre coutume (ajoute-t-il), qui prouve qu'elle a été rédigée avec peu de curiosité ».

Mais quoique cet article paraisse exempter nettement les partages des biens nobles des droits féodaux, quelques uns prétendent qu'ils y sont assujettis dans le cas prévu par l'art. 57, qui cependant ne concerne que les biens roturiers : il porte que, « si aucuns héritages sont avenus ou aviennent à aucuns par succession et en faisant partage et division d'iceux, les aucuns font soulte aux autres, en ce cas ne sont dus aucuns lods ni ventes au seigneur censier pour lesdites soultes, *si ce n'était que lesdites soultes fussent si grandes, qu'au moyen d'icelles le contrat fût plutôt réputé vente que partage et division.* Car en ce cas seraient dus lods et ventes, *ou quints*, pour lesdites soultes ». Ces mots, *ou quints*, qui ne peuvent s'appliquer qu'aux partages des biens nobles, semblent, selon eux, être une addition à l'art. 36, au moins pour les successions collatérales, et une interprétation de ce même art. 36, qui ne parle que des successions directes.

Mais, 1° Pithou, sur cet art. 57, dit que le mot *quint* manque dans le manuscrit, que cependant il se trouve au cahier de la cour.

2° Ce que l'art. 36 dit pour la succession en ligne directe, doit avoir lieu pour les successions collatérales, y ayant parité de raisons; *ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet.* D'ailleurs, il faudrait une disposition expresse pour assujettir aux droits féodaux les partages des biens nobles en succession collatérale, parceque ces actes en sont affranchis par le droit commun, comme on vient de l'établir.

3° Quand on irait jusqu'à dire que les partages des biens nobles en collatérale sont sujets aux droits, ce ne pourrait être que dans le cas prévu par l'art. 57; et on va voir que, suivant l'esprit de cet article, il n'a et ne peut avoir en vue que les partages frauduleux.

4° Un acte de cette espèce est tout à la fois partage et Licitation : or, dans toutes les coutumes qui assujettissent les soultes de partage aux droits féodaux, les meilleurs auteurs sont d'avis que cela n'a point lieu en Licitation, quoiqu'elle soit un mode de partage, et même un partage proprement dit; mais elle a une forme différente, qui rend la soulte ou le paiement en argent nécessaire, d'une nécessité plus absolue que dans les partages, surtout dans le cas où le bien est impartageable; et comme ces coutumes assujettissent les soultes de partage à des droits que rejette le droit commun, suivant lequel les partages sont exempts de tous droits, on ne doit pas étendre aux Licitations, dont elles ne font pas mention, leurs dispositions, qui ne parlent que des partages; toute loi contraire au droit commun, doit être restreinte au seul cas qu'elle a prévu.

C'est l'avis de Pontanus sur l'art. 88 de la coutume de Blois, de Brodeau sur l'art. 80 de celle de Paris, de Saligny sur l'art. 47 de celle de Vitry, et de Coquille sur l'art. 24 du titre *des fiefs* de la coutume de Nivernais. Pallu, sur l'art. 151 de celle de Tours, dit formellement, qu'*étant exorbitante du droit commun, en ce qu'elle adjuge des droits pour soulte de partage, elle n'a pas lieu en matière de Licitation* La Thaumassière, sur l'art. 51 du titre *des fiefs* de la coutume de Montargis, dit pareillement *que la Licitation étant un cas omis par la coutume, il faut recourir à la coutume voisine;* enfin, Legrand, commentateur de celle de Troyes, est du même avis, et dit sur l'art. 57, que le restriction et limitation de cet article *étant contraire au droit commun*, ne doit pas être *étendue hors le cas du partage*, suivant la maxime *statuta, in quantum sunt exorbentia à jure communi sunt strictè accipienda, nec extenduntur de uno casu ad alium, etiam ex majoritate rationis.*

Plusieurs arrêts ont adopté cette opinion. Brodeau en cite un du 9 janvier 1593, rendu dans la coutume de Montargis : il y en a un pareil du 27 août 1748, qui a été rendu dans la même coutume.

Pithou, sur l'art. 57 de la coutume de Troyes, décide pareillement que la disposition de cet article ne doit point avoir lieu en Licitation; et il cite un arrêt de pâques 1587, prononcé en robes rouges, qui l'a ainsi jugé.

[XIII. Le contraire a cependant été jugé dans la coutume de Vermandois, l'une des plus rigoureuses en matière de soultes.]

Pour qu'un partage y soit affranchi du lods, il faut qu'il n'y ait *aucune soulte*; ce sont les termes de cette coutume, qui porte, art. 160 : « Pour partage fait entre frères ou sœurs....., n'est dû au seigneur féodal aucun relief ni profit...., pourvu

Source : BIU Cujas

qu'audit partage ne se fasse aucune soulte, pour raison de laquelle seulement serait dû profit ».

D'après cette disposition, il s'est agi de savoir si la Licitation entre frères et sœurs, cohéritiers de la terre d'Etreaupont, située dans le Vermandois, adjugée à l'un des frères, donnait lieu à des droits seigneuriaux en faveur du seigneur dominant; et par arrêt rendu à la grand'chambre, au rapport de M. l'abbé Tudert, en faveur du duc et de la duchesse de Mazarain, contre le sieur Jean-Baptiste Lamiraut, seigneur d'Etreaupont, le mercredi 8 juillet 1761, la cour a jugé, tout d'une voix, qu'il était dû des droits seigneuriaux en Licitation, comme pour soulte de partage. Le sieur Lamiraut rapportait néanmoins des actes de notoriété des bailliages de Laon, Saint-Quentin et Guise, qui favorisaient sa prétention de Franchise.

Cette espèce est mal présentée; mais nous l'avons transcrite telle que Denizart la rapporte. Il faut sans doute y suppléer la circonstance que l'adjudicataire avait donné une soulte à ses cohéritiers. (M. H...) *

[[XIV. Tous ces détails sont devenus inutiles par l'abolition des droits seigneuriaux (*V. Cens, Directe et Fief*); mais nous avons cru devoir les conserver, à raison du jour qu'ils peuvent répandre sur certaines questions relatives au droit d'enregistrement; et c'est ce qu'on verra plus particulièrement au mot *Partage*, §. 11.]]

* §. V. *Des effets de la vente par Licitation, relativement aux droits de contrôle, de centième denier* [[*et d'enregistrement.*]]

I. L'art. 59 du tarif du 29 septembre 1722, porte que, pour les Licitations entre copropriétaires, le droit de contrôle sera payé sur le pied réglé par les art. 3 et 4 du même tarif.

Ce droit doit être perçu sur la valeur entière des biens licités, c'est-à-dire, sur ceux qui sont adjugés et sur ceux dont l'adjudicataire était déjà propriétaire. Le conseil l'a ainsi décidé le 13 juillet 1737, en réformant une ordonnance de l'intendant de Bourgogne, qui avait jugé que le droit de contrôle d'une Licitation faite entre les héritiers du sieur Michel, curé de Lazy, n'était dû que sur la portion adjugée.

Il s'élève quelquefois des difficultés sur la nature des actes, pour en liquider le droit de contrôle, en prétendant que des actes faits en forme de cession d'une portion de biens indivis, doivent être considérés comme Licitation: si les biens appartiennent à différens cohéritiers ou copropriétaires, la cession d'une portion par l'un d'eux à tous les autres ou à un cohéritier seulement, ne peut être considérée que comme simple cession, dont le droit de contrôle n'est dû que sur le prix seulement; c'est un acte préparatoire au partage ou à la Licitation, que les autres copropriétaires font entre eux pour faire cesser l'indivis qui subsiste encore.

Mais lorsque, par acte fait en forme de cession de tous les droits successifs, l'indivis cesse absolument, et que l'un devient seul propriétaire de la totalité des biens, l'acte est réputé partage ou Licitation; il est en conséquence exempt de droits seigneuriaux, quels que soient les termes qui s'y trouvent employés; c'est le premier acte pour faire sortir les biens de la communauté; il tient lieu de partage, et le droit de contrôle en est dû sur la totalité des biens, comme pour partage ou Licitation.

Si la Licitation a été faite forcément en justice, comme lorsqu'il s'agit de biens de mineurs, ou lorsqu'il y a contestation entre les copropriétaires, elle n'est pas sujette au contrôle, parceque, dans ce cas, c'est un acte judiciaire qui n'a pas pour base la seule volonté des parties, puisqu'elles n'ont pu le faire valablement pardevant notaires. Il y a là-dessus une décision du conseil du 10 août 1737.

II. Le droit de centième denier est toujours dû des portions acquises par une Licitation, soit qu'elle soit faite entre cohéritiers en ligne directe ou en ligne collatérale, soit entre copropriétaires ou co-associés, parceque ce droit ne se règle pas comme les droits seigneuriaux, et qu'il est dû à toute mutation de biens immeubles.

L'exemption du droit de centième denier dont jouissent les héritiers en ligne directe, est seulement pour les biens qui leur passent en cette qualité à titre successif; en sorte que tous les arrangemens subséquens qu'ils peuvent faire pour transmettre la portion de l'un à l'autre, en tout ou en partie, opèrent une mutation de propriété qui est incontestablement sujette au droit de centième denier, en conformité de la déclaration du 20 mars 1708.

Le conseil a confirmé cette règle par plusieurs autres arrêts et décisions des 7 novembre 1716, 28 mars 1721, 14 mai 1729, 31 octobre 1733, 16 janvier 1734, etc. (M. GUYOT.)*

[[III. Les droits de contrôle et de centième dernier sont supprimés. A l'égard du droit d'enregistrement qui les remplace, *V.* ce qui en est dit, par rapport à la Licitation, dans un plaidoyer du 29 janvier 1808, rapporté au mot *Partage*, §. 11, n. 5.]]

LIÉGE (PAYS DE). Province de la Basse-Allemagne, dans le cercle de Westphalie, dont la capitale est le chef-lieu d'un évêché auquel est uni le droit de supériorité territoriale.

I. Ce pays est divisé en dix drossarderies ou grands bailliages, qui sont à la nomination du prince-évêque.

La France possède quelques cantons de ce pays: ses droits à cet égard ont été fixés par un traité d'échange et de limites, fait entre Louis XV et le prince-évêque, le 24 mai 1772.

M. le duc de Bouillon a protesté contre ce traité, en ce qu'il cédait au roi la souveraineté des villages d'Hierges, de Han, et d'Auberive-sur-Meuse,

Source : BIU Cujas

faisant partie de la baronnie d'Hierges, que M. le duc de Bouillon a prétendu lui appartenir. De son côté, le prince-évêque et son église ont donné un acte de contre-protestation, pour prouver que M. le duc de Bouillon n'y avait aucun droit. En conséquence, le roi a déclaré, par ses lettres-patentes du 15 juin 1772, qu'il n'entendait préjudicier ni aux prétentions de M. le duc de Bouillon, ni à la possession de l'état de Liège.

Cette réserve a donné lieu à quelques particuliers de croire que l'effet de la cession dont on vient de parler, était suspendu. En conséquence, le procureur d'office de la baronnie d'Hierges étant venu à mourir, son héritier a levé à la chancellerie du duché de Bouillon des lettres de bénéfice d'inventaire, qui ont été enregistrées au conseil souverain du même état, et présentées à la justice d'Hierges pour y être exécutées selon leur forme et teneur. Mais le parlement de Douai, informé de cet attentat à la souveraineté du roi, a rendu, le 24 décembre 1776, un arrêt qui déclare nulles les lettres dont il s'agit, ordonne aux officiers de la justice d'Hierges de les déposer au greffe de la cour pour y être supprimées, fait défenses à tous particuliers d'en lever de semblables à l'avenir, etc.

Le même jour a été rendu un autre arrêt qui fait défense aux juges des cantons du pays de Liège cédés à la France, d'instruire les procédures suivant le style liégeois, d'admettre à plaider devant eux aucun procureur ou praticien sujet du prince-évêque, et d'accorder des devoirs de loi, dessaisines, saisines et réalisations sur des actes passés par des hommes publics de la même domination, à peine de nullité et de tous dommages-intérêts des parties.

II. La coutume de Liège, qui a été homologuée par les princes-évêques, et commentée avec beaucoup d'érudition par Charles de Méan, a encore force de loi dans les cantons de ce pays qui sont possédés par la France.

[[III. Le pays de Liège a été réuni à la France, par la loi du 9 vendémiaire an 4; et c'est de ce pays qu'est, en majeure partie, formé le département de l'Ourthe. Du reste, la coutume de Liège a été abolie comme toutes les autres, par le Code Napoléon. Il y avait même été dérogé précédemment en plusieurs points, par les lois rendues en France depuis 1789.]]

V. Devoirs de loi, *Dévolution coutumière*, *Mainplevie*, *Humiers*, *Quote et Masure*, *Saisine*, *Tierce-part*, etc.

* LIÈVE. C'est l'extrait d'un papier terrier, contenant la désignation de chaque héritage, par le terroir et la contrée où il est assis, le nom du tenancier, les confins, et la qualité et quotité de la redevance dont il est chargé.

Ces sortes de papiers de recette ne sont pas vraiment authentiques; cependant les Lièves anciennes, et faites dans un temps non suspect, servent quelquefois de preuves pour faire de nouveaux terriers, quand des titres ont été perdus par guerre ou par incendies, comme il est porté par l'édit de Melun en faveur des ecclésiastiques. *V. Rente foncière.* (M. Guyot.) *

* LIGNE. C'est, en terme de généalogie, la suite des descendans d'une race, d'une famille. On distingue plusieurs sortes de Lignes : ainsi,

Ligne directe se dit de celle qui comprend les parens ou alliés joints ensemble en droite Ligne, et qui descendent les uns des autres, comme le bisaïeul, l'aïeul, le père, le fils, etc. Et on appelle *Ligne collatérale*, celle qui comprend les parens joints *à latere*, mais qui ne descendent pas les uns des autres, comme les frères et les sœurs, les cousins et les cousines, les oncles, les neveux et les nièces.

Ligne ascendante se dit de celle qui comprend les ascendans, soit en directe, comme le fils, le père, l'aïeul; soit en collatérale, comme le neveu, l'oncle, le grand-oncle, etc. Et l'on appelle *Ligne descendante*, celle où l'on considère les parens en descendant, comme en directe, le père, le fils, le petit-fils, etc.; et en collatérale, l'oncle, le neveu, le petit-neveu, etc.

On appelle *Ligne paternelle*, le côté des parens paternels; et *Ligne maternelle*, le côté des parens maternels.

On dit de deux parens collatéraux, qu'ils sont en Ligne égale, lorsqu'ils sont éloignés chacun du même nombre de degrés de la souche commune; et qu'ils sont en Ligne inégale, lorsque l'un est plus éloigné que l'autre de la souche commune, comme l'oncle et le neveu, le cousin germain et le cousin issu de germain. (M. Guyot.) *

* Lorsque la *Ligne* de quelqu'un est appelée à une succession, à une substitution, les filles sont-elles comprises dans cette vocation? Ce mot *Ligne* a-t-il la même étendue que celui de *descendance*, ou ne doit-on l'adapter qu'aux mâles, à l'exclusion des femmes?

Cette question a été agitée dans la célèbre affaire de la baronnie d'Avaujour, jugée le 27 juillet 1779, contre le roi, en faveur de M. le prince de Soubise.

L'inspecteur général du domaine soutenait que les descendans des filles n'étaient point de la *Ligne* de leur aïeul paternel, mais seulement de sa descendance. — « On descend de quelqu'un par femme (disait-il), mais on n'est point par elle de la Ligne. Les filles ne forment point une continuité de Ligne; elles appartiennent d'abord à celles où elles ont pris naissance, mais elles ne la perpétuent pas; les enfans qui naissent d'elles, n'appartiennent qu'à la Ligne de leur père; il n'y a de vraie Ligne de continuité et de transmission par forme de Ligne, que par les mâles ».

On répondait pour M. le prince de Soubise, que le mot *Ligne* a la même étendue que celui de *descendance*; que le fils d'une fille est également des deux Lignes paternelle et maternelle.

Source : BIU Cujas

En effet, on appelle Ligne, dans le langage ordinaire, une suite indéfinie de personnes descendantes de la même souche. C'est l'assemblage des personnes du même sang, le lien qui unit les ascendans et les descendans, une continuité non interrompue de personnes issues successivement les unes des autres, et ayant une source commune; cette définition ne reçoit, dans les idées ordinaires, aucune distinction de sexe; les mâles et les filles forment également la Ligne, et on ne dit pas moins d'une fille que d'un mâle, qu'elle descend en Ligne directe d'une telle personne: la Ligne est, pour ainsi parler, le cours et la continuation du même sang, qui ne coule pas moins dans les veines des filles que dans celles des mâles. — Il n'est point d'individu qui n'appartienne à deux Lignes, celle du père et celle de la mère; et comme on a des aïeuls paternels et des aïeuls maternels, on entre dans la Ligne directe des uns et des autres, on n'est pas moins le petit-fils de son aïeul paternel que de son aïeul maternel, parcequ'on ne doit sa naissance qu'à l'union des descendans de l'un et de l'autre. Cette vérité se présente journellement dans l'ordre de la noblesse. Est-il question pour elle d'être admise dans des chapitres ou dans des ordres militaires qui requièrent des preuves? On ne les exige pas moins dans la Ligne maternelle que dans la Ligne paternelle; on veut la continuité d'un sang noble dans l'une et l'autre Ligne, parceque l'enfant appartient également à l'une et à l'autre. Le nom et les armes n'ont aucun rapport à la Ligne; on ne la considère que dans la continuité du sang; c'est ce qui fait dans la société le mérite des alliances. (M. H.....) *

[[LIGNE DES DOUANES. *V. Douanes.*]]

* LIGNE DIPLOMATIQUE. La distance entre les Lignes est un moyen de distinguer l'âge des anciens diplômes et manuscrits.

Dans les diplômes de Charlemagne, les Lignes sont éloignées les unes des autres au moins de trois quarts de pouce. Elles sont encore plus distantes dans ceux de Louis-le-Débonnaire. Sous Charles-le-Chauve, on les éloignait encore davantage: on voit des chartes de ce prince où les Lignes sont à deux pouces de distance.

Dans les trois siècles qui suivent, on voit cet intervalle diminuer graduellement. Sous Philippe-Auguste, il n'était que d'un pouce.

Don de Vaines, auteur d'un traité diplomatique très estimé, observe que les Lignes tracées à la règle pour la droiture et l'égalité de distance des Lignes d'écriture, ou tirées perpendiculairement pour déterminer l'étendue de la page ou de la colonne, et former les marges, peuvent fournir à l'antiquaire des indices d'âge qui ne sont point à négliger.

Lorsqu'elles sont en rouge, elles ne conviennent qu'au plus bas temps; au crayon ou à la mine de plomb, elles décèlent les douzième, treizième et quatorzième siècles: on en trouve cependant déjà quelques exemples dès le onzième, tracées seulement avec le stilet: elles se rapportent aux siècles précédens, et s'étendent jusqu'au treizième. Lorsque ces Lignes horizontales sont tracées en blanc d'un bout à l'autre de la feuille, elles indiquent du moins le septième; mais bornées à la largeur de la colonne ou de la page, on n'en pourra rien conclure, à moins que les deux d'en haut et les deux d'en bas ne soient portées depuis l'extrémité des feuilles jusqu'au bout de la page: alors on aurait un indice du temps postérieur au dixième siècle. les points perçans, provenans de la pointe du compas, placés au bout de chaque Ligne, ne marquent rien de bien précis; au contraire, cachés dans le texte, ils désigneront le septième siècle environ.

Depuis le sixième siècle jusqu'au quatorzième, la plupart des diplômes offrent de ces Lignes, horizontales, tracées avec le stilet ou le crayon, pour espacer les Lignes et diriger l'écrivain. (M. H.....) *

[[LIGURIE (1). C'était l'ancien nom de la république de Gênes, qui, dans les derniers temps, l'avait encore repris.

Ce petit Etat, qui fait actuellement partie des départemens de Gênes, de Montenotte, des Apennins et des Alpes-Maritimes, a été solennellement et définitivement réuni au territoire de l'Empire français, par un sénatus-consulte, du 16 vendémaire an 14.

Cette réunion s'était déjà effectuée dès le 15 prairial an 13, pendant le séjour de l'Empereur à Milan, où le doge, les députés du sénat, et ceux du peuple ligurien avaient porté à sa majesté le vœu de leur admission au nombre de ses sujets.

Un décret impérial, du 17 du même mois de prairial a, en conséquence, organisé sur le modèle français la ci-devant république de Gênes; et, le 20, un arrêté du ministre de l'intérieur, pris en vertu des pouvoirs de sa majesté, a proclamé la dissolution du gouvernement ligurien, et ordonné que la justice serait rendue au nom de l'Empereur des Français, en se conformant aux lois alors existantes, jusqu'à leur révocation expresse.

Par un décret du 15 messidor suivant, l'Empereur a établi dans la ci-devant Ligurie une justice de paix par canton, un tribunal de première instance dans chaque arrondissement, des tribunaux de commerce dans les villes qui comportent cet établissement, une cour d'appel à Gênes, divisée en deux sections, et tant dans cette ville qu'à Savone et Chiavari, chefs-lieux des départemens de Montenotte et des Apennins, une cour criminelle et spéciale composée d'un président, de deux juges hommes de lois, et de cinq juges militaires, d'un procureur général, d'un substitut et d'un greffier.

Suivant ce décret, les cours de justice criminelle prononcent, au nombre de huit juges ou de six

(1) Cet article appartient à M.....

Source : BIU Cujas

au moins ; mais toujours en nombre pair, sur tous les crimes, dont la connaissance appartient, soit aux cours speciales, soit aux cours criminelles ordinaires, et dans la forme introduite par les lois des 7 et 18 pluviose an 9; avec cette différence cependant, qu'en matière spéciale, il n'y a pas lieu au jugement de compétence prescrit par la dernière de ces deux lois, au moyen de ce que le recours en cassation est admis, dans tous les cas, après le jugement de condamnation.

Le même décret ordonne, au surplus, l'exécution des lois criminelles de France en ce qui concerne *les peines* et toutes les parties de la procédure, si ce n'est dans les dispositions relatives aux jurés, dont l'institution est jusqu'à présent restée étrangère aux départemens ultramontains.

Quant aux tribunaux civils, ainsi qu'à ceux de commerce, leur organisation est parfaitement conforme à celle des tribunaux de l'intérieur de l'Empire : c'est la même hiérarchie à partir des juges de paix jusqu'à la cour d'appel de Gênes et à celle de cassation. — On a néanmoins maintenu, à quelques exceptions près, jusqu'à la publication du Code de procédure civile, l'ancienne forme de proceder devant les tribunaux liguriens. Mais depuis le 1er janvier 1807, époque à laquelle ce nouveau Code de procédure est devenu obligatoire, il n'existe plus nulle différence, à cet égard, entre les tribunaux génois, et les tribunaux de l'intérieur. Il est même remarquable que depuis cette époque, tous les actes de procédure, ainsi que les plaidoiries, se font en langue française devant les tribunaux de Gênes.

Quant au fond de la législation civile, l'uniformité sur ce point avait été précédemment établie par un second décret impérial, du 15 messidor an 13, qui a rendu exécutoire le Code Napoléon, dans les départemens de la ci-devant Ligurie, à compter du 1er vendémiaire an 14.

Cependant ce même décret contient deux dispositions essentielles à rappeler.

L'une porte que les règlemens et usages de la Ligurie, relatifs à la forme de procéder, soit à la vente forcée des immeubles, soit à l'ordre de distribution du prix entre les créanciers, sera provisoirement observée ; disposition dont l'effet a cessé par la publication du Code de procédure.

Il est dit par l'autre, que la loi de la ci-devant république ligurienne, du 26 mars 1799, concernant les substitutions existantes à l'époque de cette loi, aura son exécution. Or, cette loi, qui abolit les substitutions pour l'avenir, diffère de la loi française, du 14 novembre 1792, en ce que celle-ci abolit l'effet de toutes les substitutions, à l'égard des appelés dont le droit n'était pas encore ouvert lors de sa publication, et rend la propriété des biens incommutable entre les mains des grevés qui les avaient alors recueillis ; tandis que la loi ligurienne ne rend libre que la moitié des biens substitués, entre les mains du possesseur actuel, et maintient pour l'autre moitié les espérances du premier appelé ultérieurement, lequel recueillera cette portion franche et exempte des droits de tous les degrés subséquens.

La législation française, relative à l'abolition du régime féodal, a été introduite, sans aucune modification, en Ligurie, par un décret impérial, du 4 thermidor an 13.

Enfin, la promulgation du nouveau Code de Commerce ayant fait cesser, à dater du 1er janvier 1808, toutes les différences qui pouvaient exister, relativement aux lois et aux usages commerciaux, entre l'ancienne France et les pays réunis, la ci-devant Ligurie n'a plus désormais, en ce qui concerne l'organisation des tribunaux, l'administration de la justice, et la législation civile et criminelle, rien qui la distingue des départemens de l'intérieur de l'Empire.

On pourrait donc se dispenser de parler de l'ancienne constitution ligurienne, et du droit qui, avant la révolution, s'observait dans ces contrées : mais comme les contestations judiciaires qui y prennent leur source, ne sont pas encore terminées, que pendant long-temps on peut être dans le cas de rappeler la jurisprudence et les anciens usages de Gênes, il n'est pas inutile de donner une idée succincte, 1° de la constitution de cette république ; 2° de l'organisation de ses tribunaux ; 3° du droit qui y était en vigueur avant les mouvemens révolutionnaires qui ont accéléré la désorganisation de ce petit État, tombant d'ailleurs de vétusté, et qui ont préparé sa réunion à la France.

§. I. *Ancienne constitution de la république de Gênes.*

La constitution de la république de Gênes avait été établie en 1528 et réformé en 1576. Avant la première de ces époques, tous les monumens nous font voir un pays en proie aux discordes civiles, à la fureur des parties et à une longue anarchie.

Le célèbre André Doria eut la gloire d'y mettre un terme. Ce grand citoyen sut enchaîner les passions qui désolaient sa patrie, et la soustraire aux entreprises de l'empereur Charles-Quint, qui en convoitait la souveraineté. Sans pouvoir réel, et exempt des ennuis et des chagrins attachés au pouvoir, il a effectivement régné par l'amour et la confiance illimitée de ses concitoyens. Des honneurs souverains lui ont été librement décernés pendant sa vie ; et la postérité reconnaissante bénit encore, après des siècles, la mémoire toujours adorée de ce grand homme.

Il mit fin aux querelles intestines et aux prétentions opposées, en faisant admettre au rang de nobles toutes les familles qui, par leur influence ou leurs richesses, étaient dans le cas de prétendre à l'autorité ; il facilita pour l'avenir aux plébéiens

Source : BIU Cujas

distingués l'obtention de la noblesse ; ce qui suffit pour calmer la jolousie du peuple, et permit de concentrer le gouvernement dans le corps des nobles exclusivement, que d'un autre côté l'on essaya de circonscrire par une opération des plus hardies.

Les noms des maisons nobles furent réduits à vingt-huit ; réduction qui s'opéra en conservant seulement ceux qui étaient portés par six chefs de famille au moins. Toutes les autres familles perdirent leurs noms ; et de même que les nobles à créer par la suite, elles furent obligées d'en choisir un parmi les vingt-huit conservés.

Cette étrange institution se maintint pendant la vie d'André Doria. Mais elle devint après lui la source de nouveaux troubles ; les anciennes maisons résistèrent bientôt à cette adoption forcée ; les nobles de création nouvelle commencèrent à faire corps à part ; il s'établit des prérogatives en faveur de l'ancienne noblesse ; les vingt-huit familles furent distinguées par la qualification DEL PORTICO VECCHIO, *d'ancien portique*. La désignation *del portico nuovo* fut attribuée aux nouveaux nobles. De là des rivalités, des haines, des déchiremens de toute espèce : le peuple prit part à ces dissensions qui, des-lors, devinrent plus funestes ; les anciens nobles furent chassés, et la guerre civile s'ensuivit. Les voisins s'entremirent pour opérer la pacification. Le pape, le roi d'Espagne, et le duc de Savoie se portèrent pour arbitres. Leur médiation rouvrit aux exilés l'entrée de leur patrie, et procura, en 1576 la réformation de la constitution.

L'un des changemens les plus notables fut de rendre tous les nobles égaux en droits, d'abolir les distinctions *d'ancien et de nouveau portique*, et de laisser chacun libre de reprendre son nom, ou de conserver celui qu'il avait acquis par l'adoption constitutionnelle de 1528. On usa diversement de cette faculté ; et c'est pour cela que les principaux noms sont encore aujourd'hui communs à des familles absolument étrangères les unes aux autres.

Alors la constitution fut fixée, comme elle a subsisté jusqu'à la révolution de 1797. C'était, ainsi qu'on va le voir, une pure aristocratie. Le peuple n'y fut compté pour rien. On eut soin seulement de l'attacher à ses maîtres par une sorte de clientelle, et par la perspective d'être inscrit au *livre d'or* ou de la noblesse, lequel devait s'ouvrir tous les ans, pour y admettre les plébéiens les plus distingués, quoique de fait cette aggrevation n'eût lieu qu'à de bien plus longs intergalles. Mais cette espérance, quoique éloignée, ne laissait pas de flatter de proche en proche l'amour propre de toute la bourgeoisie, et de la maintenir dans la soumission.

Le gouvernement de la république était confié à un DOGE, *dux*, élu pour deux ans, et à un corps de sénateurs nommé *les collèges*, qui se divisait en deux classes, savoir, *le sénat* proprement dit, composé de douze membres restant deux ans en place ; et *la chambre* formée d'abord de huit membres aussi nommés pour deux ans, plus de tous les doges sortis de charge, lesquels devenaient sénateurs perpétuels. Les membres du sénat étaient désignés par le nom de *gouverneurs* ; les sénateurs de la chambre par celui de *procuratores cameræ*.

La chambre avait l'intendance et l'administration des finances de l'État.

Le sénat avait en quelque sorte l'exercice de tous les droits de la souveraineté en matière civile et criminelle ; il dérogait aux testamens, aux contrats, participait au pouvoir judiciaire, pouvait évoquer les causes des tribunaux ordinaires, se retenir la connaissance de quelques unes, déléguer des juges spéciaux pour les autres. Il avait enfin le droit de faire grace.

Les deux collèges réunis formaient le pouvoir exécutif de la république, tant au dedans qu'au dehors. Ils avaient en outre l'initiative de toutes les lois, qui devaient être ensuite délibérées et adoptées par le *petit* et le *grand conseil*, auxquels appartenait la puissance législative.

Le petit conseil, *consiglietto*, était composé de deux cents nobles, majeurs de vingt-sept ans. Le grand conseil comprenait tous les autres nobles indéfiniment, pourvu qu'ils fussent âgés de vingt-un ans.

Au commencement de chaque année, trente électeurs nommés par le petit conseil, à la pluralité des suffrages, choisissaient les membres du petit conseil, et étaient censés nommer de même, au scrutin, tous les membres du grand conseil. L'opération, à l'égard de ces derniers, avait pour objet de retrancher ou d'écarter les nobles qui auraient été en faillite ou prévenus de délits graves, ou bien engagés, soit dans des corporations étrangères, soit dans un service étranger.

Suivant la loi, les trente électeurs n'étaient pas nécessairement nobles, et dans les premiers temps, ils ne l'avaient pas toujours été ; mais l'esprit aristocratique ne tarda pas à exclure les plébéiens de cette fonction aussi importante qu'honorable. Le petit conseil qui y nommait, se fit une règle invariable de ne prendre les électeurs, non seulement que dans la noblesse, mais encore que dans son propre sein : ainsi, il trouva le moyen fort simple de se rendre perpétuel, quoiqu'électif en apparence.

Ce petit conseil ne délibérait que sur la proposition des collèges, et le grand conseil ne votait à son tour que sur l'approbation ou le rejet des projets délibérés dans le *consiglietto*. Celui-ci était le vrai corps délibérant de la république et le centre des affaires. Les lois proprement dites, les plans de finance, les traités d'alliance, la paix ou la guerre devaient être nécessairement adoptés par le grand conseil ; mais c'était dans le petit que tout était vraiment conclu. Car, comme les membres de celui-ci faisaient aussi partie du grand conseil,

Source : BIU Cujas

comme ils étaient assez nombreux pour réunir ce qu'il y avait d'hommes influens par les talens ou les richesses, quand, après avoir approuvé un projet dans leur *conziglietto*, ces deux cents conseillers venaient ensuite le défendre au grand conseil, où ils étaient renforcés par leurs jeunes parens, attendant l'âge pour passer au petit conseil, il est sensible que le reste du corps, réduit aux nobles pauvres et sans crédit, ne pouvait contre-balancer leur volonté.

Les conseils, ainsi que les collèges, étaient présidés par le doge. Il avait le droit de mettre les affaires en délibération, de soumettre au scrutin la même proposition un très grand nombre de fois, ce qui lui donnait la facilité d'emporter, par la fatigue des votans, les projets rejetés d'abord : tel était son grand moyen d'influence ; il n'avait d'ailleurs presque aucune autorité directe, et les prérogatives de sa place se réduisaient à des honneurs non seulement dispendieux (on ne lui accordait que 6,000 liv. d'indemnité), mais qu'il fallait payer en outre par deux années de captivité réelle.

Aussitôt élu par le suffrage des deux conseils, avec des précautions aussi minutieuses que compliquées, et qui duraient souvent plusieurs mois, il était solennellement proclamé, revêtu de la pourpre, puis enfin couronné avec tous les attributs de la royauté; cérémonie qui entraînait une dépense aussi disproportionnée avec la petitesse de l'État qu'avec la courte durée et la faiblesse de l'autorité dont son chef était investi.

Il quittait alors son domicile pour habiter le palais public, d'où il ne pouvait sortir qu'en cérémonie, savoir, deux fois l'an pour aller au spectacle, et une fois le mois, à peu près, pour visiter quelque église privilégiée. Il fallait un décret des collèges et de graves motifs pour lui permettre quelque sortie privée. Toujours sous bonne garde, il était de plus assisté ou surveillé par deux sénateurs ou gouverneurs, qui, tour à tour, résidaient avec lui, partageaient de même la représentation publique, recevaient les dépêches et les ambassadeurs, et pourvoyaient aux cas d'urgence pour le salut de la cité. Et ce qui mérite d'être observé, c'est qu'en même temps ces deux gouverneurs exerçaient la plupart des modestes fonctions de nos juges de paix, recevaient des plaintes du ressort de la police municipale, et se trouvaient ainsi en contact immédiat avec la dernière classe du peuple. Enfin le doge, d'un autre côté, était encore astreint à une dépense considérable : aussi les familles qui se croyaient suffisamment illustrées, cherchaient-elles, sur-tout dans les derniers temps, à se dérober à cet honneur.

Tous les pouvoirs étaient tenus en harmonie, et dans les bornes de leur institution, par une autorité qui réunissait la puissance tribunitienne et la censure. Cette autorité imposante appartenait aux suprêmes syndicateurs, *supremi syndicatores:* c'était un tribunal composé de cinq nobles, élus par les collèges et le petit conseil réunis.

Les suprêmes syndicateurs veillaient à la conservation des lois constitutionnelles ; ils avaient le *veto* absolu sur tous les actes du gouvernement, le droit de censurer et de punir tous les fonctionnaires et magistrats qui s'écartaient de leurs devoirs. Ils envoyaient chaque année, dans tous les districts de l'État, des délégués ou syndicateurs subalternes, pour informer sur les lieux contre les fonctionnaires dont la conduite était répréhensible.

Le doge lui-même, en sortant de charge, était soumis à leur censure ; et ce n'était qu'après avoir été solennellement acquitté par les syndicateurs suprêmes, qu'il jouissait de la prérogative de sénateur perpétuel.

De plus, et pendant l'exercice de ses fonctions, il pouvait être traduit devant le petit conseil, qui, dans ce cas, était présidé par les *suprêmes syndicateurs.*

L'inquisition ecclésiastique, ou le saint-office des dominicains existait à Gênes; mais l'ancien gouvernement avait eu la sagesse de mettre un frein à cette autorité étrangère; elle ne pouvait procéder qu'en présence d'un sénateur ; et depuis long-temps on ne lui laissait guère à rechercher que les prêtres dont la conduite était scandaleuse. Aussi dans ce pays, quoique superstitieux et enclin au fanatisme, trouvait-on établie une parfaite tolérance de tous les cultes ; et jamais les étrangers, traités d'ailleurs et dans tous les temps avec égard, n'ont éprouvé la moindre contrainte à raison de leurs opinions religieuses.

Au reste, rien de plus paternel que ce gouvernement, malgré l'exclusion des plébéiens de presque tous les emplois importans. Si l'on avait à supporter l'insolence de certains nobles, il était impossible que cela dégénérât en oppression. L'opprimé, quelque modeste que fût sa condition, trouvait des protecteurs zélés dans la classe de l'oppresseur. L'esprit de modération était en général celui des gouvernans; il produisait les effets les plus heureux, quant aux taxes et contributions publiques qui étaient des plus modiques ; et à l'égard du commerce, unique source de la prospérité nationale, lequel jouissait de la plus grande liberté. Enfin, dans toutes les classes, de vieux souvenirs, des traditions républicaines entretenaient un amour du pays, une fierté du nom génois qui les réunissaient toutes, et composaient un esprit public qui n'est pas encore éteint.

La révolution de 1797 a détruit cet ancien gouvernement, et l'a remplacé par des institutions démocratiques qui n'ont duré qu'un moment.

§. II. *Organisation judiciaire de la république de Gênes.*

L'organisation judiciaire, sous le régime aristocratique, était singulièrement compliquée, et les tribunaux étaient multipliés de la manière la plus abusive. Aucune partie ne porte mieux l'empreinte

Source : BIU Cujas

de l'esprit temporiseur qui était propre à ce pays, de cet esprit qui se vantait de retarder la justice, pour forcer les plaideurs à s'accorder par lassitude, et qui croyait en cela ménager ou économiser l'autorité. Cet esprit convenait à l'homme puissant qui en tirait aisément parti contre le faible ; aux politiques, comme laissant au pouvoir toute la latitude de l'arbitraire ; aux ignorans timorés, parcequ'ils se faisaient scrupule de condamner sans espoir celui qui succombait. — En examinant tout l'édifice judiciaire, on aperçoit une construction antique où l'on a mis la main à plusieurs reprises, dont l'ancien dessin est absolument méconnaissable, et dont ce qui a été refait ou ajouté n'a été soumis à aucun plan. — L'autorité administrative était souvent unie ou confondue avec le pouvoir judiciaire. — Le sénat et plusieurs magistrats particuliers avaient des attributions qu'ils exerçaient concurremment. — Il y avait des tribunaux inférieurs dont les sentences étaient souveraines, d'autres dont les décisions étaient appelables, quand elles n'étaient point unanimes.

Il n'existait pas de tribunal d'appel proprement dit ; des particuliers étaient appelés au besoin, pour en former un dans chaque cause. S'ils ne confirmaient pas la sentence, il fallait encore de troisièmes juges pour décider entre les premiers et les seconds. Le principe fondamental, en cette matière, était de considérer comme *chose jugée* celle qui l'avait été par *deux sentences conformes ;* encore, dans les causes de commerce maritime, y avait-il lieu à un troisième appel, quand une des parties était étrangère.

Le tribunal ordinaire de première instance, à Gênes, portait le nom de *rote civile*. Il était composé, ainsi que la *rote criminelle*, de trois jurisconsultes étrangers qui se renouvelaient tous les trois ans par la voie du sort, sur une liste formée par le choix des collèges et le suffrage des deux conseils. Cette institution remontait au temps des guerres civiles, et avait pour objet de garantir la justice de l'influence des passions et des préventions qu'elles avaient produites. Jadis les plus célèbres docteurs d'Italie, et, dans les temps modernes, les plus dépourvus de talens et de ressource dans leur propre pays, briguaient une place dans la liste des candidats. Les élus recevaient de l'Etat un traitement assez modique ; mais ils étaient largement payés par la partie qui gagnait sa cause : il était d'usage que le rapporteur lui remît un extrait de l'affaire et les motifs de son opinion, pour les livrer à l'impression. Le prix donné pour ce travail acquittait la reconnaissance du plaideur envers son juge : voilà ce qui était public et toléré. Il y avait sûrement d'autres causes secrètes et plus honteuses du mépris dont plusieurs des juges *de la rote* étaient couverts.

Ce tribunal connaissait de toutes les causes au-dessus de la valeur de 100 liv., qui n'étaient pas spécialement attribuées à des tribunaux particuliers.

Celles au-dessous de 100 liv. étaient déférées à un tribunal appelé *consules rationis*, composé de trois jeunes jurisconsultes qui les décidaient sans forme de procédure, et sans appel, savoir, jusqu'à 50 liv., si les trois juges étaient unanimes, et seulement jusqu'à 25 liv., si la sentence passait simplement à la majorité des suffrages.

Comme la procédure ordinaire était fort dispendieuse et entraînait des délais interminables, il y avait deux tribunaux, l'un pour la ville et le territoire de Gênes, appelé magistrat des extraordinaires, *magistratus extraordinariorum*, l'autre pour le reste de l'Etat, appelé magistrat de terre ferme, *magistratus terræ firmæ*, composé de jeunes nobles, lesquels exerçant sous l'autorité du sénat une partie de ses pouvoirs, dispensaient les personnes pauvres de la juridiction de la rote, et déléguaient, sur leur demande, des juges particuliers devant lesquels on procédait sans formalité de justice.

Ces magistrat *des extraordinaires* et de *terre ferme* étaient spécialement les protecteurs des veuves et des pupilles ; ils leur donnaient des tuteurs et curateurs réglaient, limitaient ou révoquaient les pouvoirs de ceux-ci, apuraient leurs comptes, autorisaient les contrats et transactions à passer avec les mineurs. C'étaient encore ces magistrats qui recevaient et légitimaient les cautions, pour quelque cause et par quelque juge qu'elles eussent été ordonnées. Enfin, relativement au jugement des causes d'appel, ils avaient un pouvoir dont on parlera bientôt.

Le tribunal appelé *magistrat des suprêmes* ou *des syndicateurs suprêmes*, outre la censure qu'il exerçait sur tous les magistrats, fonctionnaires publics, gens de loi, notaires, officiers ministériels, etc., était encore un tribunal d'exception auquel étaient commises les causes des privilégiés, tels que les avocats, les notaires et les médecins du collège de Gênes.

Au-dessous de ce magistrat ou tribunal, était celui des syndicateurs ordinaires, *syndicatorum ordinariorum*, aussi composé de nobles qui exerçaient une partie de l'autorité et des attributions des *suprêmes*, notamment en ce qui regardait la surveillance et police des tribunaux, gens de loi, etc. A ce tribunal étaient portées les causes relatives aux honoraires des instituteurs, tels que maîtres de langue, d'écriture, d'arithmétique, et autres semblables. Il connaissait aussi des demandes en paiement de gages, des contestations entre les maîtres et leurs domestiques, enfin de celles relatives à la vente et revente des comestibles, jusqu'à la valeur de 400 liv.

Les affaires de commerce maritime ressortissaient à la magistrature des *conservateurs de la mer*, tribunal composé de cinq nobles, et qui avait aussi l'administration du port marchand. Ses sentences étaient sans appel ; on pouvait seulement les attaquer en se pourvoyant au sénat par voie extraordinaire.

Une magistrature dite des changes, *de cambj*, connaissait de l'exécution des lettres de change, et des opérations de banque.

Source : BIU Cujas

Il avait existé jadis un tribunal des faillis, *magistratus raptorum*, qui connaissait de toutes les contestations civiles relatives à la faillite, entre le débiteur, sa femme et ses créanciers. Le sénat a ensuite exercé ou délégué les fonctions de ce tribunal.

Toutes les autres causes de commerce devaient se porter à la *rote* et suivre le cours des affaires civiles.

Les protecteurs de la banque de Saint-George, qui, par le fait, étaient constamment des sénateurs sortant de charge, formaient un tribunal qui statuait exclusivement et sans appel sur toutes les contestations relatives aux droits, aux revenus de la banque, à ses *actions* appelées *loca*, soit entre la banque et des particuliers, soit entre ceux-ci seulement.

La juridiction ordinaire était exercée dans les provinces de la république, c'est-à-dire, dans les deux rivières, par des nobles de la classe inférieure, délégués tous les ans, avec le titre de *préteur*, *gouverneur* ou *capitaine*, pour remplir, chacun dans son ressort, les fonctions administratives et celles de juges de première instance. On interjetait appel de leurs sentences au président de la rote civile.

Le tribunal de la rote n'ayant pas au dessus de lui de tribunal d'appel permanent, les appellations de ses jugemens se portaient au magistrat des extraordinaires, *degli strardinarii*, qui nommait des juges pour les vider.

Ces juges étaient trois particuliers, tous ou du moins en partie marchands, s'il s'agissait d'affaires de commerce, pour tout le reste nobles et avocats. Chaque partie formait d'abord une liste cachetée des jurisconsultes et des nobles qui avaient sa confiance: ces listes s'appelaient *dei confidenti*; et ceux qui le trouvaient portés sur les deux listes, étaient nommés juges. Si personne ne réunissait le vœu des deux parties, celles-ci donnaient une seconde liste *dei diffidenti*, contenant les noms des jurisconsultes et des nobles qui leur étaient suspects; après quoi le tribunal des extraordinaires nommait d'office les juges d'appel parmi les avocats et nobles qui n'étaient point récusés.

Souvent, pour obtenir des juges d'appel, au lieu de s'adresser au magistrat des extraordinaires ou de terre ferme, on recourait directement au sénat; on devait nécessairement y recourir dans les causes qui intéressaient le trésor public. Le sénat déléguait des juges ou retenait les causes et les jugeait: on a déjà dit qu'il pouvait aussi les évoquer.

Le magistrat ou tribunal *des suprêmes syndicateurs* remplissait, pour tout le territoire de la république, les fonctions de tribunal de cassation. Il pouvait même casser les jugemens du sénat comme ceux des autres tribunaux. Dans tous les cas, il jugeait le fond des procès après avoir cassé. Ses décisions étaient inattaquables.

Il faut remarquer, dans toute cette organisation, qu'il n'y avait point, au civil, de magistrat chargé du ministère public. Les attributions de cette magistrature étaient disséminées, sans accord et sans unité de vue, entre les différentes autorités dont on vient de parler.

Il en est une encore dont il est à propos de dire un mot, c'est la juridiction ecclésiastique. — Elle étendait autant que possible l'autorité du droit canon et les prérogatives du pape. Cependant les monumens et les statuts mêmes font connaître que l'ancien esprit du gouvernement avait été de réprimer ces envahissemens. Le clergé avait été contenu; il était pauvre, ne faisait pas un corps dans l'état, et ses membres n'étaient appelés à aucune fonction politique. Les principes à cet égard pouvaient bien s'être effacés chez les individus, par les insinuations des jésuites et des autres moines; mais les corps agissaient, par habitude et par la force des exemples, d'après l'ancien esprit. — Pour nommer à un évêché, le gouvernement présentait au pape trois candidats: c'était, à vrai dire, pour la forme; car il en recommandait un, et n'en admettait point d'autre.--Au reste, les canons du concile de Trente réglaient les mariages, et l'officialité prononçait des divorces, sous prétexte d'impuissance.—L'archevêque déliait du serment, même de celui qui était apposé dans les contrats, suivant le ridicule protocole des notaires de Gênes. Enfin jusqu'aux derniers instans qui ont précédé la réunion, des débiteurs ont produit devant les tribunaux civils, pour faire valoir l'exception *de non numeratâ pecuniâ*, à laquelle ils avaient renoncé *par serment*, la dispense de l'archevêque qui les en absolvait.

Indépendamment des tribunaux civils dont on vient de parler, il y avait *à Gênes* un tribunal appelé *rote criminelle* pour la répression des crimes et délits. Il était composé de trois juges étrangers, et d'un avocat fiscal aussi étranger, qui faisait les fonctions d'accusateur public.

Dans les provinces, la justice criminelle était exercée par les préteurs et les gouverneurs; mais après l'instruction du procès, ils étaient tenus de consulter la rote criminelle de Gênes, et de former leurs jugemens sur son avis.

Les jugemens criminels étaient sans appel; mais le recours en cassation aux *syndicateurs suprêmes* était presque toujours ouvert au condamné, qui d'ailleurs pouvait s'adresser au sénat pour obtenir sa grace. Il fallait un nombre considérable de voix pour l'accorder, et malgré cela elle ne s'obtenait que trop aisément. Les sénateurs se sentaient bien moins portés à la justice par les devoirs du magistrat, qu'enclins à la miséricorde par leurs principes religieux. Les directeurs de conscience favorisaient ces sentimens d'une piété mal entendue et funeste à la société. C'était pour eux une occasion de s'emparer de l'esprit des grands et de rendre leur crédit considérable aux yeux du peuple. Un préjugé populaire faisait dire qu'un supplice capital, sous le règne d'un doge, lui portait malheur et menaçait sa propre vie. Peu importait donc que le Code

Source : BIU Cujas

penal fût atroce, qu'il prescrivît l'amputation des narines, des oreilles, de la langue et des bras; il était tombé en désuétude, et ce n'était plus heureusement qu'un monument de barbarie. Mais il est déplorable qu'une indulgence fatale, une impunité presque absolue ait succédé à ces atrocités. Dans les dix dernières années du gouvernement aristocratique, au milieu de crimes nombreux et de toute espèce, aucun coupable n'a subi la peine capitale méritée par ses forfaits!

Tout cet édifice antique dont on vient de tracer une esquisse, s'écroula avec la constitution aristocratique, lors de la révolution de 1797. La noblesse fut abolie, et l'on eut d'abord un gouvernement provisoire qui, pendant son règne éphémère, établit des tribunaux aussi peu durables que lui.

Le 20 juin 1797, il donna à une *commission civile*, formée de cinq jurisconsultes, toutes les attributions et tous les pouvoirs qui, en matière civile, avaient appartenu à *la rote civile*, aux magistrats des extraordinaires de terre ferme, enfin au sénat, à l'exception de la faculté de déléguer, de déroger aux testamens et de réviser les jugemens.

L'appel des sentences rendues par cette *commission civile*, fut délégué, comme dans l'ancien gouvernement, à des citoyens nommés par le nouveau.

Au mois d'août suivant, on ajouta une seconde section à la commission civile, pour terminer les procès restés indécis devant les anciens tribunaux des syndicateurs suprêmes et des syndicateurs ordinaires. On établit ensuite un *tribunal de cassation* composé de cinq jurisconsultes: il cassait pour vice de formes en matière civile, et encore en matière criminelle pour fausse application de la peine.

Dès le 15 juin précédent, une *commission criminelle* avait aussi remplacé *la rote criminelle*.

Tout cela dura moins d'un an; le 1er juin 1798, après que Gênes eût, en copiant la constitution qui régnait alors en France, institué un corps législatif composé de deux conseils, et un directoire exécutif, on vit paraître une organisation du pouvoir judiciaire, établie sur de nouvelles bases.

Le territoire ligurien fut partagé en vingt juridictions; et chaque juridiction fut sous-divisée en cantons, qui eurent chacun un ou plusieurs *juges de paix*, dont les attributions ressemblaient assez à celles des juges de paix actuels. Cependant ceux qui furent établis alors en Ligurie, formaient deux classes dont les pouvoirs étaient fort inégaux. La première classe destinée aux cantons où il n'y avait pas de tribunal de juridiction, connaissait, en première instance, de toutes les actions réelles, personnelles et mixtes qui n'excédaient point la valeur de 2000 livres monnaie du pays, revenant à 1666 *francs* 66 centimes.

Elle connaissait aussi des délits, dont la peine correctionnelle était purement pécuniaire, ou bien n'excédait pas, soit huit jours d'emprisonnement, soit quinze jours d'arrêts dans la maison du délinquant.

Dans chaque juridiction, il y avait un *tribunal civil et criminel* composé de trois juges, de trois suppléans et d'un accusateur public, tous élus pour une année. Il connaissait des appels des sentences des juges de paix et des tribunaux de commerce de la juridiction; et, en première instance, de toutes les affaires civiles et criminelles qui n'étaient pas de la compétence des juges de paix. Enfin les tribunaux de juridiction les plus voisins étaient juges d'appel les uns des autres.

Celui de la ville de Gênes, composé de neuf juges, se divisait en trois sections, deux civiles et une criminelle. Les appels d'une des sections se portaient à l'une des deux autres, en commençant d'abord par la section civile.

La même loi établissait à Gênes un tribunal de commerce divisé en deux sections, qui recevaient et jugeaient aussi leurs appellations respectives. Si les deux premières sentences n'étaient point conformes, le second appel se portait à l'une des sections civiles.

L'art. 99 de cette loi voulut que les jugemens civils et criminels fussent écrits en langue italienne. Précédemment ils se rédigeaient en latin.

Ces institutions finirent encore avec le gouvernement directorial. Lorsque la dernière constitution ligurienne de 1802 eut recréé un doge, un sénat, établi trois collèges, le premier, de propriétaires, le second, de négocians, le troisième, de savans ou de lettrés; le pouvoir judiciaire fut aussi reconstitué. Une loi du 11 février 1803 divisa le territoire de la république, non plus en vingt, mais en *six juridictions*, et chacune d'elles en cantons, qui eurent chacun un juge de paix ou de première instance.

Dans chaque juridiction, on établit un *tribunal ordinaire civil et criminel*, dont les juges, au nombre de trois, furent nommés à vie. A ce tribunal se relevaient les appellations des juges de canton, en matière civile.

En matière criminelle, ces mêmes juges de canton se bornaient à instruire le procès; après quoi ils le renvoyaient, avec leur avis, au tribunal de la juridiction, pour y être jugés.

A Gênes, le tribunal civil et criminel se divisait en deux sections, dont l'une pour les affaires civiles, l'autre pour les correctionnelles et les criminelles.

On institua trois *tribunaux de révision et d'appel* qui eurent chacun deux juridictions dans leur ressort. L'un de ces tribunaux résidait *à Gênes*, le second *à Alassio*, le troisième *à Levanto*. Ils étaient composés de trois juges, qui statuaient sur les appellations des tribunaux civils et criminels des juridictions de leur ressort, soit que ces tribunaux n'eussent jugé qu'en première instance, soit qu'ils eussent eux-mêmes prononcé sur l'appel des juges de canton; cas auquel il faut se rappeler le principe invariable jusqu'à la réunion, qu'il y avait toujours lieu à des appels successifs et de degré en degré, tant que l'une des parties n'avait pas en sa

Source : BIU Cujas

faveur deux sentences conformes. Mais cette conformité une fois obtenue, il ne restait plus que la ressource de se pourvoir en cassation.

Les causes où la nation, les communes, les administrations et les établissemens publics avaient un intérêt direct, étaient exclusivement attribuées à un tribunal nommé *spécial*, composé de cinq membres, y compris le président, qui était un sénateur délégué tous les six mois par le sénat, et d'un procureur général de la nation, élu de même tous les deux ans, et qui exerçait son ministère, tant par la voie d'action que de réquisition, dans toutes les affaires de la compétence du *tribunal spécial*. Au nombre de ces affaires étaient celles de contrebande, et toutes les fraudes en matière de gabelle, de contribution et de finances.

Les appellations du tribunal spécial se portaient au *tribunal suprême*, dont on parlera bientôt.

Pour toutes les affaires de commerce de terre ou de mer, il y eut à Gênes un tribunal de commerce divisé en deux sections, composées chacune de cinq membres choisis, tous les deux ans, par le sénat, parmi les citoyens instruits des lois et usages commerciaux. Les jugemens de ce tribunal étaient exécutoires par provision, en donnant caution. Les appellations s'en portaient au tribunal *de révision et d'appel*, aux trois membres duquel s'adjoignaient alors quatre citoyens versés dans les affaires de commerce, et élus à cet effet par le sénat tous les deux ans. En cas que la décision sur cet appel ne donnât pas deux sentences conformes, on pouvait encore appeler au tribunal suprême; si au contraire la conformité existait, il ne restait plus que le recours en cassation dans les cas prévus par la loi.

Le tribunal suprême était, dans la hiérarchie judiciaire, placé à la tête de tous les tribunaux. Il était formé de neuf membres, y compris le président que le sénat choisissait. Le procureur général près le tribunal spécial de la nation exerçait aussi ses fonctions près le tribunal suprême.

Quatre de ses membres formaient, avec le président, une section chargée de statuer sur tous les recours en cassation. Si elle était prononcée, le tribunal suprême en entier statuait ensuite sur le fond de l'affaire.

C'était aussi ce tribunal au complet, qui prononçait sur les appellations des jugemens des tribunaux de révision et d'appel, de commerce et spécial, lorsque, jusqu'à lui, il n'y avait pas deux sentences conformes.

La section de cassation annullait les jugemens, en cas de vice de formes, de fausse application de la loi, et si l'on avait jugé malgré le défaut total de preuves. Au reste, la contravention à la loi devait être littérale et expresse pour légitimer la cassation : *Non si può dire, all'effetto della cassazione, contravvenuto alla legge, se questa non è letterale et espressa.*

Le tribunal suprême avait en outre des attributions directes de la plus haute importance.

Il statuait sur les règlemens de juges, lorsque la compétence et la juridiction étaient disputées entre les magistrats et les tribunaux eux-mêmes.

Il pouvait proroger tous les délais de rigueur, tant en matière civile que criminelle, et relever de leur expiration, mais seulement à la majorité des deux tiers de toutes les voix du tribunal.

A lui seul était spécialement réservé le pouvoir de reconnaître si les jugemens des tribunaux étrangers étaient, ou non, dans le cas d'être exécutés dans le territoire de la république, et d'en accorder ou refuser l'exécution, selon qu'il le trouvait juste. Mais pour statuer à cet égard, il fallait que les jugemens eussent été préalablement *visés* par le *magistrat suprême*, pour leur authenticité. (*V. Prises.*)

Ce *magistrat suprême*, qu'il ne faut pas confondre avec *le tribunal suprême*, était une des cinq grandes divisions du sénat, qui était composé de trente sénateurs, présidés par le doge, et au corps duquel le gouvernement de la république était confié.

Le sénat se divisait en cinq *magistrats*, ou plutôt magistratures; — Savoir, le *magistrat suprême*, formé de neuf sénateurs, et spécialement chargé de l'exécution des lois et décrets, ainsi que de la direction des affaires étrangères; — Le *magistrat de justice et de législation*; — Celui *de l'intérieur*; — Celui *des finances*, tous trois composés de chacun sept sénateurs; — Enfin, le *magistrat de la guerre et de la marine*, qui ne l'était que de trois.

Le sénat en corps était expressément chargé par les lois organiques, de défendre la constitution, et de contenir, tant le *magistrat suprême* que les quatre autres magistrats, dans les bornes de leurs pouvoirs.

C'était aussi au corps du sénat qu'était réservé, — 1° Le droit de faire grace; — 2° Celui d'évoquer les causes de tous les juges et tribunaux de l'État, pour les déléguer à d'autres juges ou tribunaux, ainsi qu'il le jugerait à propos; — 3° Celui de déroger aux testamens et aux autres actes de dernière volonté. — Mais il ne pouvait exercer ces trois sortes de pouvoirs qu'à la majorité des quatre cinquièmes des voix de tous les sénateurs.

Tel était l'ordre de choses que la réunion de Gênes à l'Empire a fait cesser, et auquel a succédé l'organisation judiciaire établie par le décret impérial du 15 messidor an 13. Dès-lors, tout, en cette partie, a été reconstitué, à l'exception des cours criminelles où le jury n'est point admis, sur le modèle des cours et tribunaux de l'intérieur de la France. La cour d'appel de Gênes a remplacé les tribunaux *de révision et d'appel*, ainsi que le *tribunal suprême*. Toutes les causes, pendantes le 1er vendémiaire an 14 devant ces tribunaux, ont dû être portées à la cour d'appel, dans l'état où elles se trouvaient alors et par une simple citation.

Ce serait ici le lieu de faire connaître la procédure qui s'est successivement observée en Ligurie, sous les différens régimes; mais elle exigerait un

Source : BIU Cujas

volume : il faut donc se borner à en indiquer les principales règles.

Toutes les assignations, sommations, ou significations, devaient se faire *à la personne* du défendeur, et par le ministère de sergens de justice, appelés *nuncii*.

Si le sergent attestait avoir inutilement cherché pendant trois jours la personne à assigner, le tribunal permettait de donner l'assignation *au domicile*, ou à la personne des parens et amis, ou de la notifier par affiches.

Une méthode plus usitée, soit que l'on craignît quelque difficulté pour trouver la personne, comme si elle n'était pas sur les lieux; soit qu'il s'agît d'assigner des héritiers, qu'on supposait ne pas connaître, était de faire nommer par le tribunal, pour tous les défendeurs, une espèce de curateur, appelé *deputato in personâ legitimâ*, qui les représentait pour la défense de la cause, et dans tous les actes de procédure, jusqu'à l'exécution du jugement sur l'appel.

La nomination de ce député devait se notifier aux parens ou amis des défendeurs, ou par affiches. Les défendeurs pouvaient ensuite changer le député, et lui substituer un fondé de pouvoirs.

Il n'y avait point à Gênes de procureurs ou d'avoués en titre auprès des tribunaux.

Tous les actes du procès, ainsi que les pièces se consignaient au greffe, où la partie était simplement sommée d'en aller prendre connaissance. Elle pouvait en demander copie. (*V. Prises.*)

Les parens ou alliés, jusqu'au troisième degré inclusivement, étaient admis à poursuivre en justice toutes les actions de leurs parens absens; cependant ils ne pouvaient exécuter les jugemens ainsi obtenus, sans donner caution. Si l'absent n'était de retour dans les deux ans de l'exécution, ou si, étant revenu, il n'affirmait par serment que le montant des adjudications prononcées à son profit, lui était légitimement dû, on devait restituer à la partie condamnée ce qu'elle avait payé.

Il y avait, dans les procès ordinaires, une multitude de délais pour la marche de la procédure : on n'en voyait pas le terme, par la facilité avec laquelle s'obtenaient des prolongations successives et indéfinies : les tribunaux avaient peur de voir la fin des affaires; rarement ils les terminaient en entier par une seule décision; on jugeait quelquefois d'abord un chef, et puis un autre, en se réservant à chaque fois de statuer sur les chefs ultérieurs; souvent on laissait en arrière, et pour un jugement séparé, la prononciation relative aux intérêts et dépens d'un principal adjugé.

Les demandes en intervention étaient reçues par le juge en tout état de cause.

La preuve testimoniale était admise dans tous les cas et pour toutes sortes de valeurs indéfiniment, pourvu que le juge trouvât d'abord pertinens et *relévatoires* les faits articulés par le demandeur.

Après le jugement qui ordonnait l'enquête, le défendeur était assigné pour présenter, dans trois jours, les interrogatoires qu'il voulait faire subir préalablement aux témoins, avant leur déposition. Ces interrogatoires étaient remis cachetés au greffe; le juge les ouvrait en présence du greffier, pour les faire subir aux témoins, s'il ne les trouvait pas captieux ou étrangers à la cause.

L'objet de ces interrogatoires imprévus était de mettre les réponses en contradiction avec les dépositions qui pourraient être suggérées aux témoins, ou de réduire ceux-ci à la nécessité de déposer avec vérité.

Les témoins ne signaient pas leurs réponses.

La preuve *contraire* n'était point admise par le même jugement que la *directe* : c'était après la publication des témoignages reçus dans celle-ci, qu'on autorisait la preuve des faits circonstanciés, capables de détruire ceux de l'enquête.

Les enquêtes ou *examens à futur* étaient admis avant l'introduction des procès, lorsque les témoins à faire entendre avaient plus de cinquante ans, ou étaient sur le point de s'éloigner du territoire de la république.

Si le demandeur ne paraissait point au jour fixé par sa propre citation, le défendeur ne pouvait obtenir *défaut-congé*. Il fallait que, pour se faire renvoyer de la demande abandonnée par le fait, il fît lui-même assigner le demandeur.

Les jugemens se prononçaient à l'audience, et en présence de deux témoins nommés. Le caractère du juge ne suffisait pas pour l'authenticité de ses sentences.

Sous le régime aristocratique, la partie qui avait succombé, pouvait, dans la huitaine de la signification, demander au même juge la réformation de son jugement. Il lui était alors permis de se rectifier lui-même, mais non de remettre les parties dans l'indécision. Cette forme s'appelait *melioratio sententiarum* : quel qu'en fût le résultat, on pouvait ensuite interjeter appel.

Depuis la révolution de 1797 jusqu'à la réunion, cette voie de rétractation n'a plus été suivie que dans les tribunaux de commerce.

Le délai pour interjeter appel des jugemens définitifs, était de huit jours, à compter de celui de la signification; mais la partie qui se proposait d'appeler, pouvait obtenir diverses prolongations successives, en s'adressant, sous le régime aristocratique, au sénat, ou au magistrat des extraordinaires, et sous la dernière constitution, au tribunal dont on voulait appeler.

Dans ce dernier état des choses, le procès d'appel devait être jugé dans deux mois, délai que le tribunal d'appel pouvait cependant proroger de dix autres mois; passé lesquels, sans que l'appellation fût jugée, il y avait péremption, et le premier jugement avait de plein droit son plein et entier effet.

Lors même que le premier jugement était con-

Source : BIU Cujas

firmé, l'exécution ne laissait pas d'appartenir au juge d'appel.

Tous les jugemens, en quelque matière que ce fût, emportaient la contrainte par corps. Aucun commandement préalable n'était nécessaire pour cette exécution; il suffisait que l'officier de justice montrât l'exécutoire délivré par le greffier *ex officio*, et que l'on appelait *licenza spedita*.

Les médecins, les jurisconsultes *du collège*, c'est-à-dire, immatriculés dans le collège des docteurs, et les femmes n'étaient pas précisément contraignables par corps. Le tribunal leur enjoignait de tenir les arrêts chez eux, et de n'en sortir que pour aller à la messe, les jours de fête. En cas de contravention, les hommes étaient emprisonnés, et les femmes enfermées dans un couvent.

Conformément aux principes du droit romain, la contrainte par corps n'avait lieu, ni entre associés, ni contre les parens et alliés. Le même privilège s'étendait aux ministres du culte.

Le créancier qui voulait exécuter par corps un sénateur, faisait lire le jugement qui le condamnait, dans trois séances du sénat, par le secrétaire d'état, qui ne pouvait s'y refuser. Si, après la troisième lecture, le sénateur ne présentait pas la quittance de ses créanciers, il était déchu de son rang, *ipso jure*, et devenait contraignable.

Tout créancier, même sans titre, mais qui prouvait sa qualité par témoins amenés avec lui, devant le juge, obtenait, en affirmant par serment que son débiteur était suspect de vouloir s'évader, la permission de l'arrêter provisoirement.

L'ordonnance d'arrestation était accordée, soit que la créance fût pure et simple, soit qu'elle fût ou conditionelle ou à terme.

Le débiteur arrêté n'obtenait sa liberté qu'en donnant caution de se représenter et de payer le montant des condamnations à intervenir, ou bien en vérifiant qu'il possédait, dans le territoire de la république, des immeubles suffisans pour satisfaire à ses engagemens.

Le bénéfice de cession de biens n'avait point lieu en Ligurie.

L'expropriation des immeubles devait être précédée de la discussion du mobilier. Il se vendait aux enchères, à l'audience publique du tribunal, sur une simple dénonciation, à moins que le juge ne trouvât convenable d'ordonner l'apposition d'affiches. Le prix de la vente était payé au créancier, qui donnait caution de le rapporter aux privilégiés, ou antérieurs, ou bien de le distribuer par contribution entre les créanciers qui pourraient venir en même ordre que lui.

La forme de procéder était la même pour la vente des immeubles, et cependant les créanciers pouvaient former opposition au paiement du prix.

Mais il y avait une voie d'expropriation bien plus usitée que celle de la vente aux enchères.

En vertu de l'exécutoire du jugement délivré *ex officio* par le greffier, et appellé en ce cas *mandato estimatorio*, des experts publics, *estimatores*, nommés pour chaque arrondissement par le sénat, se transportaient sur les biens-fonds du débiteur assigné à s'y trouver, procédaient, en sa présence et celle du créancier, à la description, arpentage et estimation de chacun des immeubles désignés, puis en faisaient l'adjudication et délivrance réelle au créancier pour les deux tiers seulement de l'estimation, jusqu'à concurrence du montant de sa créance et des frais. Ces priseurs publics avaient un greffier qui dressait procès-verbal de leur opération.

Ils avaient ensuite vingt jours pour rectifier, même d'office, les erreurs qu'ils auraient reconnues dans leur évaluation.

Les ayant-droit sur les immeubles ainsi adjugés en paiement, avaient huitaine, à compter de l'exécution, pour y former opposition. Elle devait en contenir les causes, avec assignation devant le tribunal de l'autorité duquel on avait procédé. L'opposant devait, dans les vingt jours de l'assignation, et à peine de forclusion, produire les titres justificatifs de son opposition.

Au reste, l'adjudication en paiement ne préjudiciait pas aux droits des créanciers privilégiés et antérieurs. Ils conservaient la faculté de se pourvoir par action hypothéquaire sur les immeubles ainsi délivrés.

Bien plus, et en cas d'insolvabilité du débiteur, les créanciers même postérieurs à l'adjudicataire, pouvaient pendant cinq ans, lui offrir réellement le montant de sa créance avec les frais accessoires, et le forcer à lui abandonner les immeubles qu'il avait reçus en paiement.

Enfin la faculté de *réméré* était réservée au débiteur et à ses parens ou alliés jusqu'au troisième degré, pendant les six mois de l'opération des experts.

Quelquefois le créancier, au lieu de se faire adjuger en paiement la propriété des immeubles de son débiteur, s'en faisait mettre en possession, à l'effet seulement d'en percevoir les fruits et revenus en déduction de sa créance; et lorsqu'il en était rempli, les biens étaient rendus au propriétaire.

En matière criminelle, la dénonciation des crimes appartenait à la partie lésée, et l'accusation à l'agent du fisc sous le régime aristocratique, puis à l'accusateur public.

Le dénonciateur donnait caution pour les frais de la procédure, en cas que le crime ne fût point prouvé.

L'information et la procédure étaient secrètes; l'accusé n'était admis à se défendre qu'après l'instruction terminée. Il lui était libre alors de faire interroger les témoins qui avaient été entendus à la requête de la partie publique, et de faire la preuve contraire des faits dont ils avaient déposé.

La confrontation des témoins à l'accusé était une précaution inconnue dans le gouvernement ligurien.

L'accusé ne pouvait être convaincu que par des

Source : BIU Cujas

pièces concluantes, ou par son aveu en justice, ou par deux témoins irréprochables et concordans. Mais quoique la preuve *légale* manquât, il pouvait être condamné, suivant les circonstances et à l'arbitrage du juge, à une peine plus douce que n'eût été celle déterminée par la loi, si la preuve légale avait été complète.

La contumace ne pouvait se purger que dans le délai de quinze jours, à compter de la publication du jugement. Si le condamné était arrêté après ce délai, il suffisait de vérifier l'identité de sa personne pour le livrer à l'exécution. Mais cette rigueur outrée n'était que dans le Code. *Les collèges*, sous l'ancien régime, et le *tribunal suprême*, sous celui qui a précédé la réunion, accordaient la restitution du laps de temps.

Le recours en grace et le recours en cassation suspendaient l'exécution des jugemens.

Lorsque les jugemens étaient cassés, on renvoyait, dans le dernier état des choses, au tribunal suprême.

§. III. *Ancien droit civil de la république de Gênes.*

I. La législation civile de Gênes consistait d'abord dans des statuts publiés en 1588, et dont on suppose que le jurisconsulte Paul de Castre a été le rédacteur : c'était là le droit municipal de la Ligurie.

Mais comme les dispositions de ce statut ne formaient pas, à beaucoup près, un corps de droit complet et suffisant, il renvoyait, dans son silence, aux lois romaines, qui étaient par conséquent le droit commun de la république.

II. Par la loi municipale, les femmes étaient en quelque sorte dans une tutelle perpétuelle. Quoique majeures, non mariées, et hors de la puissance paternelle, elles ne pouvaient contracter, ni ester en jugement, sans les avis et consentemens de leurs deux plus proches parens, ou voisins à défaut de parens. L'autorisation du mari était, en outre, exigée pour les femmes mariées.

En cas d'absence du mari, le juge pouvait autoriser la femme, d'après l'avis de deux parens ou voisins, qui devaient de plus affirmer par serment, qu'ils croyaient le mari dans des contrées tellement éloignées, qu'il ne pouvait reparaître avant six mois.

III. Les dispositions du sénatus-consulte velléien étaient adoptées en principe, et même étendues par les statuts ; quoique, d'un autre côté, il fût permis aux femmes de renoncer aux droits *hypothéquaires* qu'elles pouvaient avoir sur les biens de leurs maris.

IV. La mère, même à défaut de parens, n'était pas de plein droit tutrice de ses enfans. Si elle obtenait la tutelle, le juge devait lui donner deux conseils pour la diriger dans son administration.

Les oncles paternels et les agnats des mineurs pouvaient toujours demander à être associés à la tutelle de la mère.

V. La puissance paternelle ne cessait que par l'émancipation faite en justice. Le père et le fils devaient jurer qu'elle n'était pas faite dans l'intention de préjudicier aux droits d'autrui.

Les majeurs faisant publiquement le commerce aux vu et su de leurs pères, et sans contradiction de leur part, étaient valablement obligés pour les faits relatifs à leur négoce.

Le fils de famille ne pouvait disposer de ses pécules par acte de dernière volonté, sans le consentement ou la ratification de son père. Celui-ci était censé avoir ratifié le testament, s'il ne le révoquait pas dans le délai d'un mois, à compter du jour qu'il en avait eu connaissance.

On exceptait de la prohibition les legs pieux : ils étaient valables, quoique faits à l'insçu et même contre la volonté du père, pourvu qu'ils n'excédassent pas le dixième des biens du fils de famille.

La connaissance, ni le consentement du père n'étaient exigés pour la révocation du testament qu'il avait autorisé.

VI. L'étranger qui avait contracté, en quelque lieu que ce fût avec un Génois, pouvait être traduit devant les tribunaux de Gênes pour l'exécution du contrat.

Un Génois ne pouvait accepter, sans l'autorisation du sénat, la cession d'une créance sur un autre Génois ; autrement toute audience était déniée au cessionnaire.

Même en matière de commerce, l'étranger demandeur devait fournir la caution *judicatum solvi*, au cas qu'elle fût demandée par le Génois défendeur.

L'étranger était incapable de succéder par testament ou *ab intestat*, à moins que la nation à laquelle il appartenait, n'admît chez elle les Génois à succéder.

VII Sous beaucoup de rapports, la législation génoise considérait les ecclésiastiques, à peu près comme étrangers : ils ne pouvaient être témoins dans un testament, ni nommés exécuteurs testamentaires. Ils étaient aussi incapables de tutelles. Le statut municipal ne réglait leurs droits ni pour le fond, ni pour la forme de procéder : c'était le pur droit romain que l'on suivait à leur égard. On avait deguisé sous le beau nom de *Privilège*, la défaveur avec laquelle la loi pouvait sembler les traiter. Au reste, ils s'en sont suffisamment vengés par l'asservissement dans lequel ils tenaient les gens faibles et superstitieux. Ce pouvoir d'opinion, qu'ils pouvaient tourner au profit de la saine morale, commence à leur échapper.

VIII. La disposition la plus remarquable des statuts de Gênes, en matière de succession, est l'exclusion qu'il donnait aux filles. Ce n'était qu'à défaut de mâles, qu'elles succédaient à leurs ascendans. Dans le cas contraire, tous leurs droits se réduisaient à demander une dot, qui, à défaut de toute disposition pour cet objet, de la part des as-

Source : BIU Cujas

cendans, était réglée par l'avis de trois des plus proches parens du défunt, à ce qu'ils estimaient que celui-ci aurait fixé lui-même à l'époque de son décès, s'il s'en fût alors expliqué.

Les frères du défunt et leurs descendans *mâles* lui succédaient seuls dans la propriété des biens, à l'exclusion des ascendans, qui, en ce cas, n'avaient droit qu'à l'usufruit de la succession.

Le privilège de la double ligne avait lieu en faveur des frères et sœurs germains, à l'exclusion des consanguins et des utérins.

Les bâtards ne succédaient point *ab intestat*. Les moines étaient incapables de toute succession, et ne pouvaient réclamer que des alimens sur les biens de leurs ascendans.

IX. On connaissait à Gênes deux sortes de testamens, le nuncupatif, et le mystique. Le testament olographe simple n'était autorisé, que de la part d'un Génois qui aurait disposé dans un pays éloigné, où il n'y aurait pas eu de notaire.

Le testament nuncupatif était reçu par un notaire en présence de cinq témoins, dont trois au moins devaient être mâles. S'il était fait *inter liberos*, il suffisait de la présence de trois témoins.

Le testament mystique devait être scellé et souscrit à l'extérieur, tant par le testateur que par sept témoins, qui y affirmaient par serment qu'ils avaient vu le défunt signer la disposition intérieure, et qu'après les avoir convoqués à cet effet, il leur avait déclaré que l'acte qu'il leur présentait était son testament ou dernière volonté. Le testament fait dans cette forme et ouvert par le juge avec les solennités prescrites, avait la même authenticité que le testament nuncupatif reçu par un notaire.

Il est à remarquer que, sous l'ancien gouvernement génois, la signature des témoins, hors le cas où il s'agissait de la disposition d'un sourd ou d'un aveugle, n'était point requise dans les testamens nuncupatifs, non plus que dans les autres actes authentiques. L'obligation de faire signer les témoins, n'a été introduite que par une loi du dernier sénat ligurien.

Si le testateur avait des enfans mâles au temps de l'acte, son testament n'était pas rompu par la naissance d'un posthume, quoique prétérit. Il lui était assigné, à l'arbitrage de trois proches parens, une portion égale à celle d'un des autres enfans.

X. La légitime des enfans était fixée, comme par la novelle de Justinien; et quoique les filles fussent exclues par les mâles, elles comptaient néanmoins pour déterminer la quotité légitimaire de leurs frères.

XI. On ne pouvait répudier les legs et donations à cause de mort, au préjudice de ses créanciers.

Les donations en faveur des ascendans et descendans, des frères et sœurs et de la femme du donateur, étaient censées faites en fraude des dettes qu'il contractait dans les dix années postérieures à la donation; les créanciers étaient en conséquence autorisés à en demander la nullité, et à se faire payer sur les biens donnés, s'il n'en existait pas de libres pour l'entier acquittement de leurs créances.

XII. Les substitutions fidéicommissaires étaient permises à perpétuité, et sans limitation de degrés. Les fidéicommis s'établissaient par conjectures. Toute cette matière était en quelque sorte abandonnée au caprice des juges, dont la plupart prenaient pour règle toutes les rêveries des vieux docteurs. On a déjà dit, au commencement de cet article, comment la loi ligurienne du 26 mars 1799, dont l'exécution est maintenue par un décret impérial du 15 messidor an 13, avait mis fin à tant d'abus.

XIII. La communauté de biens entre époux était inconnue à Gênes; le régime dotal y était seul en vigueur.

La dot était constituée par le père ou les ascendans paternels. S'ils mouraient sans l'avoir réglée, elle l'était par le juge, de l'avis de trois parens, lors du mariage de la fille, qui jusque-là ne pouvait demander que des alimens. Si celle à qui le père avait assuré une dot, ne se mariait point, elle ne pouvait en disposer ni entre-vifs, ni à cause de mort, au préjudice de ses frères ou de ses neveux.

Une fille qui se mariait avant vingt-cinq ans, sans le consentement de son père vivant, perdait tout droit à obtenir une dot. Celle qui se mariait ainsi après vingt-cinq ans, ne pouvait exiger sa dot, du vivant de son père; mais elle pouvait jusqu'à sa mort en réclamer les intérêts.

Tout créancier d'une femme, qui avait assisté à son traité de mariage, sans déclarer sa créance au futur époux, ou à son fondé de pouvoirs, était déchu de sa créance, qu'il ne pouvait plus recouvrer qu'après le décès de la femme ou du mari, sans enfans issus de leur mariage.

Le mari qui avait négligé de se faire payer de la dot de sa femme, ne pouvait ensuite en demander les fruits ou intérêts, à moins de convention contraire.

Ni lui ni ses héritiers ne pouvaient être obligés à la restitution de la dot, qu'autant qu'il l'aurait réellement reçue; ils en étaient quittes alors pour céder toutes leurs actions contre les débiteurs de la dot.

Si la dot était en argent, la restitution n'en était exigible qu'après l'année de la mort du mari.

Il se faisait sur la dot une modique rétention, dont la quotité se réglait en proportion de la durée du mariage.

La femme, qui s'enfuyait de la maison de son mari, perdait sa dot et ses avantages matrimoniaux, dont la propriété était dès-lors acquise à ses enfans comme *ab intestat*, sous la réserve de l'usufruit en faveur *du mari*.

Source : BIU Cujas

XIV. Les gens de main-morte étaient incapables d'acquérir des biens immeubles par contrats ou transactions. Ils devaient, dans le délai d'un an, vendre ou remettre en main habile, ceux qui leur auraient été transmis par donations ou testamens ; autrement l'immeuble était confisqué au profit du trésor public.

XV. Les lois liguriennes admettaient le retrait lignager en faveur des agnats du vendeur. Pareil droit avait lieu au profit des copropriétaires par indivis, pour retirer la portion que l'un d'eux avait aliénée. Enfin les propriétaires voisins d'un fonds vendu jouissaient du même privilège.

XVI. Les constitutions de dot et les actes de vente étaient les seuls contrats qui, dans l'ancien régime, fussent assujettis à un droit fort modique au profit du fisc. — Il existait aussi un droit de mutation sur les successions des collatéraux et des étrangers. — L'action en paiement de ce droit n'était dirigée que contre les parties intéressées. La seule obligation des notaires était de faire connaître les noms des contractans, par une note remise aux agens du fisc. — Le corps de l'acte n'était d'ailleurs soumis à aucun enregistrement. — On ne connaissait pas davantage à Gênes les bureaux des insinuations. Tout était abandonné à la foi des notaires, qui donnaient expédition de leurs actes à tous ceux qui les requéraient, sans qu'il fût besoin de compulsoire.

XVII. La république était privilégiée, pour le recouvrement de ses créances, sur tous les créanciers hypothéquaires et d'une date antérieure. On n'admettait contre elle d'autre prescription que celle de cent ans.

XVIII. C'était une opinion assez générale, dans le barreau ligurien, que les actions réelles et personnelles, entre particuliers, n'étaient non plus prescriptibles que par le même laps de temps. Le fondement de cet avis était que les lois liguriennes ordonnaient aux juges de décider d'après la simple vérité des faits ; tandis que la prescription ordinaire ne repose que sur une fiction du droit civil. Mais les meilleurs esprits n'étaient point touchés de ce motif : ils persistaient à soutenir que le statut obligeait d'admettre les prescriptions du droit romain, dont l'oubli dans cette matière favorisait l'esprit de chicane, troublait sans cesse la paix des citoyens, en rendant tous les droits incertains.

On reconnaissait cependant quelques prescriptions irrégulières, que la loi avait spécialement établies pour certains objets : tels étaient les prescriptions d'un an contre les domestiques, pour leurs gages, depuis leur sortie de chez leurs maîtres ; contre les marchands en détail, etc.

XIX. Une autre loi d'ordre public, qui aurait pu donner l'idée de celle qui a été rendue en France, le 10 vendémiaire an 4, sur la police intérieure des communes, voulait que si une maison ou autre propriété rurale avait éprouvé méchamment quelque dégât ou dommage, dont l'auteur était inconnu, la commune fût tenue d'en payer la valeur, à moins qu'elle ne découvrît le délinquant. Si elle ne le découvrait qu'après avoir déjà payé l'indemnité, elle n'avait de recours que contre lui. Enfin si le délit était commis par un banni, quoique connu, la commune n'était à l'abri des recherches, qu'après l'avoir arrêté et consigné à la justice.]] *

LIMITES. *V. Bornage* et *Cerquemanage*.

LINOTTE. C'est une espèce de douaire que trois coutumes locales d'Artois accordent au mari sur les héritages de sa femme prédécédée.

Voici ce que porte à ce sujet la coutume de Ham : « Le mari, après le trépas de sa femme, a droit de douaire ou Linotte sur les héritages cottiers de sadite femme, et jouit et possède de la moitié d'iceux sa vie durant ».

L'art. 52 de la coutume du bailliage et châtellenie d'Aire, contient la même disposition : « Quant de deux conjoints par mariage la femme décède la première, le mari survivant a droit de douaire nommé Linotte, qui est la jouissance pendant sa vie de la moitié de tous les héritages cottiers appartenans à sadite femme lors de son trépas, soit patrimoniaux, soit acquis avant le mariage, et ce aux mêmes charges et devoirs que la veuve douairière ».

Ces deux coutumes ne comprennent dans le droit de Linotte que les biens cottiers ou censuels de la femme. Celle du pays de Langle y soumet aussi les fiefs. Voici comment elle s'explique à cet égard, art. 28 : « L'homme a douaire sa vie durant sur les fiefs et terres cottières délaissés par le trépas de sa femme, et pareillement la femme sur les fiefs et terres cottières délaissés par son mari, et le tout en la moitié d'iceux ».

Le même article ajoute que le survivant n'a pas besoin d'appréhender ce droit par mise de fait, parcequ'il est saisi dès l'instant de la mort du prédécédé.

On ne doit pas trouver extraordinaire que ces trois coutumes accordent un douaire au mari. On a vu au mot *Douaire*, sect. 5, §. 1, que les chartes générales de Hainaut en ont usé de même.

[[Les dispositions de ces coutumes sont abrogées. *V. Douaire*, sect. 1, §. 4, n. 2 ; et *Gains nuptiaux*, §. 3 et 4.]]

* LIQUIDATION. C'est l'action par laquelle on débrouille, on règle, on fixe ce qui était embarrassé, incertain en matière d'affaires. Par exemple, lorsqu'il est dû plusieurs années de rentes en grains ou en argent, on en fait la Liquidation en fixant la quantité de grains qui est due, ou en l'évaluant à une certaine somme d'argent. — La Liquidation des fruits naturels, dont la restitution est ordonnée, se fait sur les mercuriales ou registres des gros fruits. *V. Dommages-intérêts*, *Fruits* et *Imputation par échelettes*. (M. Guyot,) *

* LIQUIDE. Ce terme s'emploie en parlant de biens et d'argent, pour signifier une chose qui est

Source : BIU Cujas

claire, et dont la quantité ou la valeur est déterminée. Une créance peut être certaine sans être Liquide: par exemple, un ouvrier qui a fait des ouvrages, est sans contredit créancier du prix; mais s'il n'y a pas eu de marché fait à une certaine somme, ou que la quantité des ouvrages ne soit pas constatée, sa créance n'est pas Liquide avant qu'il y ait eu un toisé ou état des ouvrages, et une estimation. *V. Compensation.* (M. Guyot.) *

[[LISTE CIVILE. C'est l'état de la somme que l'Etat paye chaque année au monarque, et des domaines dont il lui abandonne la jouissance, pour la dépense de sa maison.

I. La Liste civile de Louis XVI avait été réglée d'une manière assez confuse, par un décret de l'assemblée constituante du 9 juin 1790; mais ce décret a été expliqué par un autre du 26 mai 1791, dont voici les dispositions :

« *Art.* 1. Il sera payé par le trésor public une somme de 25 millions pour la dépense du roi et de sa maison.

» 2. Cette somme sera versée chaque année entre les mains de la personne que le roi aura commise à cet effet, en douze paiemens égaux, qui se feront de mois en mois, sans que lesdits paiemens puissent, sous aucun prétexte, être anticipés ni retardés.

» 3. Au moyen du paiement annuel de la somme de 25 millions, il est déclaré qu'en aucun temps et pour quelque cause que ce soit, la nation ne sera tenue au paiement d'aucune dette contractée par le roi en son nom; pareillement les rois ne seront tenus en aucun cas des dettes ni des engagemens de leurs prédécesseurs.

» 4. Le roi aura la jouissance des maisons, parcs et domaines énoncés dans le décret qui suit.

» 5. La dépense du garde-meuble sera entièrement à la charge de la Liste civile; en conséquence, tous les meubles faisant partie du département du garde-meuble resteront à la disposition du roi.

» 6. Il sera dressé un inventaire des diamans appelés *de la couronne*, perles, pierreries, tableaux, pierres gravées et autres monumens des arts et des sciences, dont un double sera déposé aux archives de la nation, l'assemblée se réservant de statuer, de concert avec le roi, sur le lieu où lesdits monumens seront déposés à l'avenir; et néanmoins les pierres gravées et autres pièces antiques seront dès à présent remises au cabinet des médailles.

» 9. Le douaire de la reine est fixé à quatre millions, qui lui seront, le cas arrivant, payés en France en douze paiemens égaux de mois en mois ».

Le décret du même jour, auquel renvoie l'art. 4, est ainsi conçu :

« *Art.* 1. Le Louvre et les Tuileries seront destinés à l'habitation du roi, à la réunion de tous les monumens des sciences et des arts, et aux principaux établissemens de l'instruction publique; se réservant l'assemblée nationale de pourvoir aux moyens de rendre cet établissement digne de sa destination, et de se concerter avec le roi sur cet objet.

» 2. Les bâtimens dépendans du domaine national, renfermés dans l'enceinte projetée du Louvre et des Tuileries, seront conservés et loués au profit du trésor public, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement disposé, à l'exception de ceux desdits bâtimens actuellement employés au service du roi, et dont il conservera la jouissance. — Le roi jouira encore des bâtimens adjacens à ladite enceinte, employés actuellement à son service; les autres pourront être aliénés.

» 3. Sont réservés au roi les maisons, bâtimens, emplacemens, terres, prés, corps de ferme, bois et forêts composant les grands et petits parcs de Versailles, Marly, Meudon, Saint-Germain-en-Laye et Saint-Cloud, ainsi que les objets de même nature dépendans des domaines de Rambouillet, Compiègne et Fontainebleau; les bâtimens et fonds de terre dépendans de la manufacture de porcelaine de Sèvres : il jouira aussi des bâtimens et dépendances de la manufacture de la Savonnerie et de celle des Gobelins.

» 4. Le roi aura la jouissance des domaines réservés par les articles précédens; il en percevra les revenus; il en acquittera les contributions publiques et les charges de toute nature; il fera aussi toutes espèces de réparations des bâtimens, et fournira aux frais des replantations et repeuplement des forêts, ainsi que de leur garde et administration.

» 5. Les bois et forêts dont la jouissance est réservée au roi, seront exploités suivant l'ordre des coupes et des aménagemens existans, ou de ceux qui y seront substitués dans les formes déterminées par les lois.

» 6. Le roi nommera les gardes et les autres officiers préposés à la conservation des forêts qui lui sont réservées, lesquels se conformeront, pour la poursuite des délits et dans tous leurs actes, aux lois concernant l'administration forestière.

» 7. Sera aussi réservé au roi le château de Pau avec son parc, comme un hommage rendu par la nation à la mémoire de Henri IV ».

II. La Liste civile fut supprimée par un décret de l'assemblée législative du 10 août 1792.

Mais elle a été rétablie, avec le gouvernement monarchique, par l'art. 15 du sénatus-consulte du 28 floréal an 12 : — « La Liste civile (y est-il dit), reste réglée ainsi qu'elle l'a été par les art. 1 et 4 du décret du 26 mai 1791..... L'Empereur pourra fixer le douaire de l'Impératrice et l'assigner sur la Liste civile; ses successeurs ne pourront rien changer aux dispositions qu'il aura faites à cet égard ».

III. L'art. 15 de la loi du 15 mars 1791 détermine la forme dans laquelle doivent être intentées et soutenues en justice les actions relatives aux domaines dépendans de la Liste civile. *V. Domaine public*, §. 5, n. 3.

Source : BIU Cujas

A l'égard des actions mobilières qui intéressent la Liste civile, voici ce que porte le décret impérial du 11 juin 1806, art. 14 : — « Il (notre conseil d'état) connaîtra..... de toutes contestations ou demandes relatives, soit aux marchés passés.... avec l'intendant de notre maison, ou en son nom, soit aux travaux ou fournitures faits.... pour notre service personnel ou celui de nos maisons ».

Ni ce décret, ni celui du 22 juillet suivant n'avaient réglé le mode d'instruction des affaires de la Liste civile qui sont portées au conseil d'état. Mais il a été suppléé à leur silence par un décret impérial du 12 juillet 1807, qui est ainsi conçu :

« *Art.* 1. L'intendant général de notre maison remettra au grand juge le rapport et les pièces à l'appui, dans les affaires concernant notre Liste civile, que nous aurons renvoyées à notre conseil d'état, et sur lesquelles il sera statué suivant les formes prescrites dans le tit. 4 du décret du 11 juin 1806.

» 2. Le grand juge fera donner, dans la forme administrative, avis aux parties intéressées, de la remise à lui faite des mémoires et pièces fournis par l'intendant général de notre maison, afin qu'elles puissent en prendre communication dans la forme prescrite aux art. 8 et 9 du décret du 22 juillet 1806.

» 3. Lorsque, dans les affaires où la Liste civile a des intérêts opposés à ceux d'une partie, l'instance est introduite à la requête de cette partie, ses requêtes et les pièces à l'appui seront déposées au secrétariat général du conseil d'état, avec un inventaire, dont il sera fait registre. Le dépôt qui en sera fait au secrétariat du conseil, vaudra notification aux agens de notre Liste civile. Il en sera de même pour la suite de l'instruction.

» 4. Soit qu'une affaire contentieuse relative à la Liste civile, soit portée au conseil d'état, d'après notre renvoi, par l'intendant général de notre maison, soit qu'elle y soit introduite à la requête d'une partie, le grand juge nommera pour cette affaire un auditeur, lequel prendra les pièces et préparera l'instruction.

» 5. Toutes les autres dispositions des décrets des 11 juin et 22 juillet 1806, qui concernent l'instruction des affaires relatives aux départemens des ministres, sont déclarées communes aux affaires concernant le département de l'intendant général de notre maison ».

IV. Quels sont les privilèges de la Liste civile sur les biens de ceux qui en manient les deniers ? *V. Privilège.*]]

* LIT. Meuble dont on se sert pour y coucher, pour y reposer, pour y dormir.

L'art. 14 du tit. 33 de l'ordonnance du mois d'avril 1667, veut que l'huissier ou sergent qui procède par saisie et exécution de meubles, laisse un Lit à la partie saisie.

Si cette partie a une femme et des enfans des deux sexes qui résident avec elle, il paraît qu'on doit, non seulement laisser un Lit pour les conjoints, mais encore un pour les enfans mâles, et un autre pour les filles. Jousse nous apprend que le bailliage d'Orléans l'a ainsi jugé le 7 septembre 1762; il est évident qu'une décision contraire blesserait l'humanité, attendu que les Lits sont nécessaires à la conservation de la santé et de la vie des citoyens.

[[L'art. 592 du Code de procédure civile défend de saisir « le coucher *nécessaire* des saisis, et ceux de leurs *enfans* vivant avec eux ».]]

Au reste, la réserve des Lits ne s'étend qu'aux bois de Lit, aux couvertures, aux draps, aux matelas, etc., et non aux rideaux, ni aux housse, ciels de Lit, etc. C'est ainsi qu'on le juge au châtelet de Paris. (M. Guyot.) *

[[LIT D'HOPITAL. Il existe dans certains hospices des *Lits* de fondation, c'est-à-dire, des places fondées pour le traitement gratuit des malades indigens qui y sont reçus.

En régénérant les hospices par les mesures dont il a été rendu compte au mot *Hôpital*, le gouvernement a porté ses regards sur les fondations de Lits ; et de là, un premier arrêté, du 28 fructidor an 10, dont voici les dispositions :

« *Art.* 1. Les fondateurs de Lits dans les hospices, ou leurs représentans, présenteront sous trois mois, à compter de la publication du présent arrêté, les titres de leurs fondations, aux commissions administratives des hospices où ces fondations ont été faites, ou de ceux qui leur ont été substitués, et auxquels les premiers ont été réunis.

» 2. Le conseil général d'administration des hospices de Paris, et ailleurs les commissions administratives des hospices, feront dresser, après l'époque désignée dans l'article précédent, un état du nombre des Lits fondés dans chacun des hospices; cet état contiendra, par colonnes séparées, le nom des hospices, celui des fondateurs, le nombre des Lits fondés, les sommes affectées annuellement dans l'origine à ces fondations, le produit actuel des fonds, et la dépense actuelle par Lit, comparée à celle du temps des fondations.

» 3. D'après ces états, les commissions administratives des hospices adresseront au ministre de l'intérieur leurs vues sur la manière de fixer la proportion de la jouissance à rendre aux fondateurs.

» 4. Le ministre de l'intérieur fera, sur ces projets, un rapport au gouvernement, lequel en ordonnera, s'il y a lieu, l'homologation dans la forme prescrite pour les règlemens d'administration publique ».

Cet arrêté a été suivi d'un autre, du 16 fructidor an 11, qui est ainsi conçu :

« *Art.* 1. Les fondateurs des Lits dans les hospices de Paris et leurs représentans, avec réserve du droit de présenter les indigens pour occuper les Lits dépendans de leurs fondations, continueront de jouir de ce droit conformément aux clauses et conditions insérées aux actes de fondation, et à la

Source : BIU Cujas

charge par eux de satisfaire aux dispositions ci-après, et de se conformer aux règlemens approuvés par le gouvernement.

» 2. Les fondateurs de Lits dans les maisons hospitalières supprimées et réunies à d'autres établissemens, par décret du 28 nivose an 3, exerceront leurs droits dans les hospices conservés.

» 3. Le fonds nécessaire à l'entretien de chaque Lit fondé dans les hospices de Paris, est fixé à l'égard des malades, à 500 francs de revenu net, et à 400 francs pour les incurables. Dans le cas où les revenus existans de chaque fondation, seraient inférieurs, les fondateurs ou leurs représentans ne pourront jouir du droit de présentation qu'en suppléant au déficit par une nouvelle concession de revenus.

» 4. Le supplément à fournir pourra être fait, soit en argent, soit en rentes sur l'État ou sur particuliers.

» 5. Les dispositions qui précèdent, sont applicables aux diverses communes de la république qui jouissaient aussi de quelques droits de présentation dans les hôpitaux de cette ville, ou dont les pauvres étaient appelés à jouir des avantages de la fondation.

» 6. Les bureaux de bienfaisance des douze arrondissemens de Paris, jouiront des droits de présentation précédemment exercés par les paroisses de la même ville. Les Lits qui appartenaient à des corporations supprimées, ou à des individus dont les biens sont réunis au domaine national, resteront à la disposition du gouvernement.

» 7. Les communes, l'administration des hospices et les bureaux de bienfaisance pourront concéder leur droit de présentation dans les hôpitaux de Paris, aux personnes charitables qui, pour en jouir, proposeront de satisfaire pour le supplément de dotation à fournir, aux art. 4 et 5 du présent arrêté.

» 8. Les fondations de Lits qui pourraient être offertes à l'avenir, ne pourront, comme les legs et donations, être acceptées ou rejetées qu'en vertu d'un arrêté spécial du gouvernement.

» 9. Dans tous les cas, les art. 1, 2 et 3 de la délibération du 27 novembre 1776, de l'hôtel-dieu, homologuée le 18 février suivant par le ci-devant parlement de Paris, continueront de recevoir leur exécution ».

La délibération dont il est parlé dans ce dernier article, a pour objet la répression d'un trafic aussi honteux que coupable.

« M. ... a dit (porte-t-elle), qu'il lui a été remis un mémoire dans lequel une personne également respectable par la place qu'elle occupe, et par son mérite personnel, ayant droit à la nomination de trois Lits sur la présentation des parens de la fondatrice, se plaint d'un abus que la compagnie soupçonnait depuis long-temps avoir lieu dans les nominations et présentations aux Lits des incurables; — Que cet abus consiste, 1° en ce que quelques uns de ceux qui ont droit à ces nominations, ou à une simple présentation, regardant ces Lits comme une portion du patrimoine de leurs ancêtres qui les ont fondés, ou par d'autres motifs qu'aucun prétexte même de prétendue charité pour d'autres pauvres ne peut excuser, font payer aux présentés ou aux nommés le prix de leurs présentations ou de leurs nominations; — 2° En ce que ces nominations ou présentations se trouvent quelquefois négociées par des personnes interposées, à l'insçu même des nominateurs ou présentateurs; — Que dans le premier cas, c'est faire commerce de la charité des fondateurs, et faire en quelque manière rentrer dans le patrimoine de leurs héritiers ou de ceux qu'ils ont désignés pour nominateurs ou présentateurs, un fonds dont tout le produit utile est destiné à la subsistance du pauvre, et dont ils n'ont réservé que l'honneur de déterminer le sujet auquel il serait appliqué : que ce choix est de sa nature purement gratuit, et ne peut être vendu licitement, même au profit d'autres pauvres qui n'étaient point dans l'intention des fondateurs, et qui n'ont point droit de partager indirectement le bénéfice de ces fondations; — Que le trafic illicite et sordide qui résulte du second cas, met à prix d'argent au profit des intrigans de la plus basse classe des citoyens, un bien consacré à la religion et à l'humanité; que les conséquences en sont préjudiciables au bon ordre et à la discipline de la maison, la plupart de ceux qui y sont entrés par cette voie s'y regardant comme propriétaires de leurs Lits à titre d'achat, et conséquemment affranchis de toute règle et de toute subordination; et que dans ces circonstances, il lui paraît intéressant de prendre les précautions les plus promptes et les plus sages pour réprimer un pareil abus.

» Sur quoi, la matière mise en délibération, la compagnie a arrêté, — 1° Qu'à l'avenir toutes nominations ou présentations aux Lits de l'hôpital des incurables, seront purement gratuites, sans que, sous aucun prétexte, il puisse être rien reçu ni payé par qui que ce soit pour raison et à l'occasion desdites nominations et présentations antérieurement ou postérieurement à icelles; — 2° Que dans le cas où les nominateurs ou présentateurs auraient reçu quelque chose que ce soit, antérieurement ou postérieurement, ils demeureront privés du droit de présentation ou nomination, qui passera à celui ou ceux à qui lesdites présentations ou nominations appartiennent à leur défaut; et le malade par eux présenté ou nommé, sera congédié dudit hôpital; — 3° Que lorsqu'à l'insçu des présentateurs ou nominateurs, il aura été payé quelque chose à des personnes interposées, avant ou après lesdites présentations ou nominations, et à raison d'icelles, le malade sera pareillement congédié dudit hôpital, sauf auxdits malades ainsi congédiés à se pourvoir dans tous les cas contre ceux qui auront indûment perçu quelque chose à raison de leur présentation ou nomination ».

Cette délibération a été, comme on l'a vu plus

Source : BIU Cujas

haut, homologuée par arrêt du parlement de Paris, du 18 février 1777.

« Au mépris de cet arrêt (est-il dit dans la *Gazette des tribunaux*, tom. 16, pag. 386), il paraît qu'une femme Barol, désirant être nommée à un Lit des incurables, a chargé la femme Perard d'obtenir la nomination de M. d'Esvieux qui a le droit de nommer à un Lit fondé par une de ses aïeules, la dame Lecouturier d'Esvieux. La femme Perard a promis ses bons offices pour obtenir l'agrément; mais il paraît qu'ils n'ont pas été désintéressés. On eut des raisons de soupçonner qu'une reconnaissance de 1000 livres passée au profit de la femme Perard, avait été le prix de ses démarches. Pour éloigner cette idée, elle a depuis fait convertir cette reconnaissance en une obligation de 400 livres passée devant notaires, pour pareille somme prétendue prêtée par elle à la femme Barol en argent et en espèces sonnantes, nombrée et délivrée à la vue des notaires; et au moyen de cette obligation, la femme Perard s'est désistée du profit de la première reconnaissance.

» C'est donc pour être payée de l'obligation de 400 livres, que la femme Perard a fait assigner la femme Barol, depuis sa nomination au Lit des incurables. Les administrateurs de l'hôpital sont intervenus dans la contestation, pour demander la nullité de l'obligation aux termes de l'arrêt de règlement; et pour s'assurer de la sincérité de l'obligation, ils ont fait interroger la femme Perard sur les véritables causes, soit de l'obligation elle-même, soit de la reconnaissance de 1000 livres. La femme Perard a soutenu que l'obligation passée devant notaires, était sincère et véritable; et qu'au moyen de son désistement de la reconnaissance de 1000 liv., elle n'avait pas à s'expliquer à ce sujet.

» Comme il ne résultait de cet interrogatoire que des doutes, et qu'ils ne pouvaient détruire un acte authentique, contre la vérité duquel on ne s'inscrivait pas en faux, la cour, par son arrêt du 6 septembre 1783, conforme aux conclusions de M. l'avocat général d'Aguesseau, a condamné la femme Barol à payer le montant de l'obligation à la femme Perard; a déclaré bonnes et valables les saisies et oppositions qu'elle avait faites sur les biens de la femme Barol; et en même temps, faisant droit sur les demandes des administrateurs, ainsi que sur les conclusions de M. le procureur général, a ordonné l'exécution de l'arrêt du 18 février 1777, a renouvelé les défenses qui y sont portées, et a compensé les dépens ». — *V. Fondations.*]]

* LIT DE JUSTICE. Ce terme, pris dans le sens littéral, signifie le trône sur lequel le roi est assis lorsqu'il siège solennellement en son parlement ou dans quelqu'une de ses autres cours souveraines.

Sous la première et la deuxième race, nos rois, dans les séances solennelles qu'ils tenaient avec leur conseil et avec les grands de la nation, siégeaient sur un trône d'or, ainsi qu'il est dit dans Sigebert et Aimoin: on a substitué depuis à ce trône d'or un dais et des coussins; et comme, dans l'ancien langage, un siège couvert d'un dais, se nommait un Lit, on a appelé *Lit de Justice* le trône ou le roi siège en son parlement ou autre cour; cinq coussins forment le siège de ce Lit: le roi est assis sur l'un, un autre tient lieu de dossier, deux autres servent comme de bras et soutiennent les coudes du monarque, le cinquième est sous ses pieds.

On entend par *Lit de Justice*, dans le sens figuré, une séance solennelle du roi au parlement de Paris ou dans quelqu'une de ses autres cours souveraines.

Toute séance du roi en son parlement ou autre cour n'a pas le caractère de Lit de Justice; car anciennement nos rois honoraient souvent le parlement, de leur présence sans y venir avec l'appareil d'un *Lit de Justice*, ils assistaient à l'audience et au conseil. Cela arrivait fréquemment sous Philippe-le-Bel et ses trois fils, et depuis sous Charles V, Charles VI et Louis XII.

Cela s'est encore vu de nos jours du temps de Louis XV qui est venu siéger au parlement le 8 mars 1766, et les 4 avril, 2 juillet et 3 octobre 1770.

On ne qualifie donc de Lit de Justice que les séances solennelles de nos rois dans leurs cours.

Ces sortes de séances ont ordinairement pour objet de statuer sur des affaires d'Etat.

On voit dans les mémoires de M. l'avocat général Talon, tome 4, page 18, un discours qu'il fit à un Lit de Justice tenu en 1649, dans lequel il dit que ces séances n'avaient commencé qu'en 1375, lorsqu'il fut question d'y faire le procès à Edouard, prince de Galles, fils du roi d'Angleterre, à cause du duché de Guyenne; que ces séances étaient alors désirées des peuples, parceque les rois n'y venaient que pour délibérer avec leur parlement de quelques affaires importantes pour l'Etat, comme pour instruire et juger les procès contre les grands vassaux de la couronne, tels que les ducs de Bretagne, de Bourbon et d'Orléans, le roi de Navarre, l'empereur Charles-Quint, en qualité de comte de Flandre, ou pour demander avis sur l'exécution des traités de paix, expliquer les motifs de guerre, l'établissement d'une lieutenance générale en l'absence du roi, ou autre empêchement.

Il paraît néanmoins que l'usage des séances solennelles de nos rois en leur parlement, appelées *Lits de Justice*, est plus ancien, suivant une ordonnance de Philippe-le-Long du 17 novembre 1318, qui, supposant l'établissement de ces séances, ne fait qu'en régler l'ordre et la forme.

Il y est dit « que le jour que le roi viendra à Paris pour ouïr les causes qu'il aura réservées pour être ouïes pardevant lui, le parlement cessera de toutes autres querelles; qu'on publiera les causes que le roi aura réservées en pleine cour, afin que nul ne demeure, s'il n'y a affaire; qu'aussitost que les causes réservées au roi seront délivrées, le parlement cessera, quant aux causes qui estaient réservées devant le roi, et que l'on retournera à délivrer les autres

Source : BIU Cujas

causes qui estaient par la venue du roi mises en suspens, non contestant requêtes qu'aucun grand homme eût à faire au roi, et puis emprès, toutes causes délivrées, le parlement finira, et l'on publiera le nouvel parlement ».

« *Item* (est-il dit un peu plus loin), quand le roi viendra au parlement, que le parc soit tretous unis et ainsi soit toute vuide la place qui est devant son siège, si que il puisse parler secrettement à ceux qu'il appellera ».

La séance tenue au Louvre, où fut prononcé l'arrêt du parlement, du 29 mars 1331, en présence du roi, et la cour suffisamment garnie de pairs, contre Robert, comte d'Artois, est mise par les historiens au nombre des Lits de Justice; elle est représentée en cette forme dans un ancien tableau qui est à la chambre des comptes; et l'on en voit une copie gravée en petit, à la tête du quatrième tome de l'Histoire généalogique du père Anselme.

La qualité de Lit de Justice est donnée par tous les historiens à la séance que le roi Charles V tint au parlement en 136 , au sujet des prétentions que le roi d'Angleterre avait sur la souveraineté de plusieurs provinces de France : la reine siégeait à la droite du roi; le cardinal de Beauvais, chancelier de France, fit la lecture des articles proposés par le roi d'Angleterre, et demanda l'avis de la cour des pairs. Huit jours après, dans un second Lit de Justice tenu en la même forme que le précédent, la réponse aux demandes d'Edouard fut lue, et la guerre décidée contre les Anglais.

Un Lit de Justice des plus mémorables est celui qui fut tenu à Paris pour l'enregistrement de l'ordonnance de Charles V, du mois d'août 1374, qui fixe la majorité de nos rois à l'âge de quatorze ans.

Quelques auteurs ont cru que ce Lit de Justice fut tenu en 1374; mais ce ne fut réellement que le 23 mai 1375. Dupuys, qui a fait imprimer cet enregistrement en français, dit que — « Cette loi ou constitution royale fut publiée au parlement du roi, en sa presence, de par luy tenant sa justice en son dict parlement, en sa magnificence ou majesté royale, le 23 mai 1375; — qu'à ce furent présens — M. le Dauphin de Viennois, fils aîné; — M. le duc d'Anjou, frère du roi notre sire; — Le patriarche d'Alexandrie; Les archevêques de Reims et de Toulouse; — Les évêques de Laon, de Meaux, de Paris, de Cornouailles, d'Auxerre, de Nevers et d'Evreux; — Les abbés de Saint-Denis en France, de Lectoure, de Saint-Waast et de Sainte-Colombe de Sens, de Saint-Cyprien et de Vendosme; le chancelier du duc d'Anjou; — Le recteur et plusieurs maîtres docteurs en théologie, docteurs ès décrets, et autres sages clercs en l'université de Paris; — Le doyen et archidiacre de Brie, le chancelier et pénitencier et plusieurs autres notables personnes de l'église de Paris; — M. le chancelier de France; — Les comtes d'Alençon, d'Eu et de la Marche, messire Robert d'Artois, le comte de Brienne et de Lille, et messire Raymond de Beaufort; — Le prévôt des marchands et les échevins de la ville de Paris; — et plusieurs autres gens, juges et notables tant clercs comme lais en grand nombre. — L'original de cette ordonnance ainsi enregistré, fut mis au trésor des chartes; et copie d'icelle par manière d'original, sous le grand scel royal, fut baillée aux religieux de Saint-Denis en France, pour la mettre et garder en leur trésor, le tout à fin de perpétuelle mémoire d'icelle ».

Nous n'entreprendrons pas de faire l'énumération de tout les Lits de Justices qui ont été tenus par nos rois; nous parlerons seulement des plus mémorables.

Il y en eut un le 2 mars 1385 contre le roi de Navarre; un autre en 1392, lequel, dans l'arrêt d'enregistrement, est appelé *Lectum Justitia*.

Dutillet fait mention d'un Lit de Justice tenu le 10 avril 1396, pour la grace de messire Pierre de Craon, où étaient les princes du sang et plusieurs seigneurs, le connétable, le chancelier, les deux maréchaux de France, l'amiral, l'archevêque de Lyon, les évêques de Noyon, de Laon, de Paris et de Poitiers, les présidens du parlement, les maîtres des requêtes, messieurs des enquêtes et les gens du roi.

L'ordonnance du même prince, du 26 décembre 1407, portant que quand le roi décèdera avant que son fils aîné soit majeur, le royaume ne sera point gouverné par un regent, mais, au nom du nouveau roi, par un conseil dans lequel les affaires seront décidées à la pluralité des voix, fut lue et publiée en la grand'chambre où était dressé le Lit de Justice, en présence du roi de Sicile, de plusieurs ducs, comtes, barons et seigneurs du sang royal, plusieurs archevêques et évêques, grand nombre d'abbés et autres gens d'église, le grand maître-d'hôtel, les présidens du parlement, plusieurs chambellans, quantité de chevaliers et autres nobles, des conseillers tant du grand conseil que du parlement, chambre des comptes, requêtes de l'hôtel, des enquêtes et requêtes du palais, des aides, du trésor, et autres officiers et gens de justice et notables personnages.

Il y en eut un autre en 1413, sous la faction du duc de Bourgogne, où la voie d'autorité ôta la liberté des suffrages; mais le 5 septembre de la même année, il y eut encore un autre Lit de Justice où l'on déclara nul tout ce qui avait été fait dans le précédent, comme fait sans une autorité légitime, sans observer les formes et en gênant les suffrages.

On tint un Lit de Justice en 1458, à Vendôme, pour juger le duc comte d'Alençon.

François Ier tint souvent son Lit de Justice: il y en eut, sous son règne, jusques à quatre dans une année, savoir les 24, 26, 27 juillet et 16 décembre 1527.

Dans le siècle dernier, il y en eut un, le 18 mai 1533, où l'on déféra la régence à la reine mère; un en 1654, pour le procès de M. le prince de Condé; un en 1663, pour la réception de plusieurs pairs; un le 20 avril 1667, pour l'enregistrement de l'or-

Source : BIU Cujas

donnance civile; un autre le 13 avril 1669, pour l'ordonnance des *committimus*, et d'autres pour l'enregistrement de plusiers édits de finance.

Sous le règne de Louis XV,

Le premier qui fut tenu, le 2 septembre 1775, est celui où la régence fut déférée à M. le duc d'Orléans.

Le deuxième, tenu aux Tuileries le 26 mars 1718, auquel le parlement se transporta à pied et en robes rouges, au sujet du droit de remontrances.

Celui du 22 février 1723 eut pour objet de déclarer la majorité du roi.

Celui du 25 juin 1725, pour l'enregistrement de la déclaration portant établissement du cinquantième, et de plusieurs autres édits.

Un autre en 1730, pour l'enregistrement pur et simple de la constitution Unigénitus, *comme règle de l'église et loi de l'Etat.*

Il y en eut un le 3 septembre 1732, à Versailles, où l'on enregistra une déclaration du 18 mars précédent qui attribuait à la grand'chambre seule la connaissance des affaires de l'église, et concernant l'autorité royale; mais le 4 décembre suivant, le roi répondit à M. le premier président qu'il voulait bien que sa déclaration du 18 mars demeurât en surséance.

Celui du 21 août 1756, tenu à Versailles, fut pour l'enregistrement de l'édit du vingtième et 2 sols pour livre, et pour l'augmentation de l'impôt sur les cartes.

Il y en eut un au parlement, le 13 décembre de la même année, pour l'enregistrement de trois déclarations : la première qui renouvelle le silence prescrit sur la constitution *unigenius* et les matières ecclésiastiques, la deuxième pour la suppression de deux chambres des enquêtes, la troisième sur la police des parlemens.

Le Lit de Justice tenu à Versailles le 20 septembre 1759, fut pour l'enregistrement du troisième vingtième et de plusieurs autres édits.

Celui du 21 juillet 1761 fut pour l'enregistrement d'édits portant création de rentes sur les cuirs à trois pour cent, prorogation du troisième vingtième, du doublement de la capitation et le triplement pour les financiers.

Le Lit de Justice du 31 mai 1763 fut pour l'enregistrement d'édits qui ordonnaient un dénombrement des biens fonds du royaume, la liquidation des dettes de l'Etat et la prorogation de plusieurs impositions.

Il y en eut un le 13 juin 1768, à l'occasion de la réclamation du parlement contre le rétablissement du grand conseil qui venait d'être ordonné, après trois années de cessation de ses fonctions.

Le lit de Justice tenu à Versailles le 11 janvier 1769, fut pour l'enregistrement de divers édits de finance.

Le roi en tint un autre à Versailles le 2 juillet suivant, pour l'affaire de M. le duc d'Aiguillon; et un troisième le 7 décembre de la même année, pour la discipline du parlement.

Le premier Lit de Justice du roi régnant est celui qu'il a tenu à Paris, pour le rappel des anciens membres du parlement.

Le second a été tenu à Versailles le 12 mars 1776; on y a enregistré plusieurs édits portant suppression des corvées, maîtrises, jurandes, charges sur les ports, droits sur les suifs et sur les grains.

On ne peut mieux faire connaître quelles sont les personnes qui ont entrée et séance au Lit de Justice qu'en expliquant l'ordre qui s'y observe. (M. Boucher d'Argis, père). *

* Quand le roi arrive au parlement, le grand maître vient avertir, lorsque sa majesté est à la Sainte-Chapelle; et quatre présidens à mortier, avec six conseillers laïques et deux clercs, vont la recevoir et saluer au nom de la compagnie; ils la conduisent à la grand'chambre, les présidens marchant à ses côtés, les conseillers derrière elle, et le premier huissier entre les deux huissiers-massiers du roi.

Le dais et le Lit de Justice du roi est placé dans l'angle de la grand'chambre; sur les hauts sièges, à la droite du roi, sont les princes du sang, les pairs laïques; au bout du dernier banc se met le gouverneur de Paris.

A sa gauche, aux hauts sièges, sont les pairs ecclésiastiques et les maréchaux de France venus avec le roi.

Aux pieds du roi est le grand chambellan.

A la droite, sur un tabouret au bas des degrés du siège royal, le grand écuyer de France, portant au cou l'épée de parement du roi.

A gauche, sur un banc, au-dessous des pairs ecclésiastiques, sont les quatre capitaines des gardes du corps du roi, et le commandant des cent suisses de la garde.

Plus bas, sur le petit degré par lequel on descend dans le parquet, est assis le prévôt de Paris, tenant un bâton blanc à la main.

Sur une chaise à bras, couverte de l'extrémité du tapis de velours violet, semé de fleurs de lis, servant de drap de pied au roi, au lieu où est le greffier en chef aux audiences publiques, se met présentement M. le chancelier, lorsqu'il arrive avec le roi; ou à son défaut, M. le garde des sceaux.

Sur le banc ordinaire des présidens à mortier, lorsqu'ils sont au conseil, sont le premier président et les autres présidens à mortier revêtus de leur épitoge. Avant François Ier, M. le chancelier se plaçait aussi sur ce banc au-dessus du premier président; il s'y place même encore lorsqu'il arrive avant le roi, et jusqu'à son arrivée, qu'il va se mettre au pied du trône. On tient que ce fut le chancelier Duprat qui introduisit pour lui cette distinction de siéger seul; il le fit en 1527; cependant cette même année, et encore en 1556, on trouve le chancelier sur le banc des présidens.

Sur ces trois bancs ordinaires, couverts de fleurs de lis, formant l'enceinte du parquet, et sur le

Source : BIU Cujas

banc du premier et du second barreau du côté de la cheminée, sont les conseillers d'honneur, les quatre maîtres des requêtes en robe rouge, les conseillers de la grand'chambre, les présidens des enquêtes et ceux des requêtes, tous en robe rouge, de même que les autres conseillers au parlement.

Dans le parquet, sur deux tabourets, au devant de la chaire de M. le chancelier, sont le grand maître et le maître des cérémonies.

Dans le même parquet, à genoux devant le roi, deux huissiers-massiers du roi, tenant leurs masses d'argent doré, et six hérauts d'armes.

A droite, sur deux bancs couverts de tapis de fleurs de lis, les conseillers d'état et les maîtres des requêtes venus avec M. le chancelier, en robe de satin noir.

Sur un banc, en entrant dans le parquet, sont les quatre secrétaires d'état.

Sur trois autres bancs à gauche dans le parquet, vis-à-vis des conseillers d'état, sont les chevaliers et officiers de l'ordre du saint-esprit, les gouverneurs et lieutenans généraux des provinces, et les baillis d'épée que le roi amène à sa suite.

Sur un siège à part, le bailli du palais.

A côté de la forme où sont les secrétaires d'état, le greffier en chef, revêtu de son épitoge, un bureau devant lui couvert de fleurs de lis; à sa gauche, l'un des principaux commis au greffe de la cour, servant à la grand'chambre, en robe noire, un bureau devant lui.

Sur une forme derrière eux, les quatre secrétaires de la cour.

Sur une autre forme, derrière les secrétaires d'état, le grand prévôt de l'hôtel, le premier écuyer du roi, et quelques autres principaux officiers de la maison du roi.

Le premier huissier est en robe rouge, assis dans sa chaire à l'entrée du parquet.

A leurs places ordinaires, les chambres assemblées au bout du premier bureau jusqu'à la lanterne du côté de la cheminée, avec les conseillers de la grand'chambre et les présidens des enquêtes et requêtes, sont les trois avocats généraux, et le procureur général placé après le premier d'entre eux.

Dans le surplus des barreaux des deux côtés, et sur quatre bancs qu'on ajoute derrière le barreau du côté de la cheminée, se mettent les conseillers des enquêtes et des requêtes, qui sont tous en robe rouge.

Lorsque le roi est assis et couvert, le chancelier commande, par son ordre, qu'on prenne séance; ensuite, le roi ayant ôté et remis son chapeau, prend la parole.

Anciennement le roi proposait souvent lui-même les matières sur lesquelles il s'agissait de délibérer. Henri III le faisait presque toujours; mais plus ordinairement le roi ne dit que quelques mots, et c'est le chancelier, où, à son défaut, le garde des sceaux, qui propose.

Lorsque le roi a cessé de parler, le chancelier monte vers lui, s'agenouille pour recevoir ses ordres; puis étant descendu, remis à sa place, assis et couvert, et après avoir dit que le roi permet qu'on se couvre, il fait un discours sur ce qui est l'objet de la séance, et invite les gens du roi à prendre les conclusions qu'ils croiront convenables pour l'intérêt du roi et le bien de l'État.

Le premier président, tous les présidens et conseillers mettent un genou en terre, et le chancelier leur ayant dit : *Le roi ordonne que vous vous leviez*, ils se lèvent, et restent debout et découverts. Le premier président parle; et son discours fini, le chancelier monte vers le roi, prend ses ordres le genou en terre; et descendu et remis à sa place, il dit que l'intention du roi est qu'on fasse la lecture des lettres dont il s'agit; puis, s'adressant au greffier en chef ou au secrétaire de la cour, qui, en son absence, fait ses fonctions, il lui ordonne de lire les pièces; ce que le greffier fait debout et découvert.

La lecture faite, les gens du roi se mettent à genoux; M. le chancelier leur dit que le roi leur ordonne de se lever; ils se lèvent, restent debout et découverts, le premier avocat général porte la parole, et il requiert selon l'exigeance des cas.

Ensuite M. le chancelier remonte vers le roi, et, le genou en terre, prend ses ordres, ou, comme on disait autrefois, son avis, et va aux opinions aux princes et aux pairs laïques, puis revient passer devant le roi, lui fait une profonde révérence, et va aux opinions aux pairs ecclésiastiques et maréchaux de France.

Puis, descendant dans le parquet, il prend les opinions de messieurs les présidens (autrefois il prenait leur avis après celui du roi); ensuite il va à ceux qui sont sur les bancs et formes du parquet, et qui ont voix délibérative à la cour et dans les barreaux laïques, et prend l'avis des conseillers des enquêtes et des requêtes.

Chacun opine à voix basse, à moins d'avoir obtenu du roi la permission de parler à haute voix.

Enfin, après avoir remonté vers le roi et étant redescendu, remis à sa place, assis et couvert, il prononce : *Le roi, en son Lit de Justice, a ordonné et ordonne qu'il sera procédé à l'enregistrement des lettres sur lesquelles on a délibéré;* et à la fin de l'arrêt, il est dit : *Fait en parlement, le roi y séant en son Lit de Justice.*

Anciennement le chancelier prenait deux fois les opinions : il les demandait d'abord de sa place, et chacun opinait à haute voix; c'est pourquoi, lorsque le conseil s'ouvrait, il ne demeurait à la chambre que ceux qui avaient droit d'y opiner; et l'on faisait sortir tous les autres et les prélats eux-mêmes, quoiqu'ils eussent accompagné le roi; ils ne rentraient que lors de la prononciation de l'arrêt. C'est ainsi qu'on en usa en 1610 et en 1643, et même encore en 1725. Après l'ouverture des portes, le greffier faisait une nouvelle lecture des lettres qu'il s'agissait d'enregistrer; les gens du roi donnaient de nouveau leurs conclusions, qu'ils faisaient pré-

Source : BIU Cujas

céder d'un discours destiné à instruire le public des motifs qui avaient déterminé : ensuite le chancelier reprenait les avis pour la forme, mais à voix basse, allant de rang en rang, comme on le fait à l'audience du parlement, lorsqu'il s'agit de prononcer un délibéré, et ensuite il prononçait l'arrêt.

Présentement, soit qu'on ouvre les portes ou qu'on opine à huis clos, M. le chancelier ne va aux opinions qu'une seule fois.

La séance finie, le roi sort dans le même ordre qu'il est entré. (M. Guyot.) *

* C'est ordinairement en la grand'chambre du parlement de Paris que le roi tient son Lit de Justice; cependant quelques uns ont été tenus ailleurs, tels que celui du 26 août 1718, qui fut tenu au château des Tuileries; d'autres ont été tenus à Versailles, comme on l'a vu plus haut.

Il y eut en 1720 une espèce de Lit de Justice au grand conseil : M. le duc d'Orléans, régent du royaume, y alla, accompagné de plusieurs princes, pour y faire enregistrer la constitution *Unigenitus;* mais le roi n'était pas à cette séance.

Nos rois ont aussi quelquefois tenu leurs Lits de Justice dans d'autres parlemens.— Le roi François Ier ayant fait son entrée dans la ville de Rouen, le 2 août 1517, voulut dans le même temps honorer de sa présence le parlement de cette ville, et y tint son Lit de Justice, accompagné du chancelier Duprat et de plusieurs officiers de sa cour. — Le roi Charles IX ayant atteint sa quatorzième année, tint son Lit de Justice dans ce même parlement, le 17 août 1563, pour se faire déclarer majeur, en présence de la reine Catherine, sa mère, et des princes qui l'avaient accompagné.

On qualifie aussi quelquefois de Lits de Justice certaines séances des cours supérieures auxquelles quelques princes et seigneurs, accompagnés de quelques conseillers d'état, viennent par commission du roi, pour faire enregistrer quelques édits; mais ces séances, quelque solennelles qu'elles soient, ne sont pas de vrais Lits de Justice, dès que le roi n'y est pas; toute séance du roi dans ses cours n'est même pas réputée Lit de Justice : il n'y a Lit de Justice, que lorsque le roi vient avec l'appareil ordinaire à ces séances solennelles, et étant accompagné des princes, pairs et autres personnes qu'il a coutume d'y amener. (M. Boucher d'Argis, père.) *

[[L'usage des Lits de Justice a cessé avec celui de faire vérifier les lois par les tribunaux supérieurs. *V. Enregistrement des lois.*]]

LITIGE. *V. Droit litigieux.*

* LITISPÉNDANCE. C'est le temps durant lequel un procès est pendant en justice.

I. La Latispendance est un moyen d'évocation, c'est-à-dire que quand on est déjà en procès avec quelqu'un dans une juridiction, on peut évoquer une demande qui est formée devant un autre juge, si cette demande est connexe avec le premier procès.

[S'il en était autrement, il s'ensuivrait deux conséquences non moins absurdes que dangereuses : — 1° Les procès se multiplieraient à l'infini; au lieu d'un, nous serions souvent exposés à en essuyer deux ou trois dans le même temps et pour le même objet; — 2° Il doit régner entre les oracles de la justice, qui est une, l'uniformité la plus grande : cependant, quelle confusion, quelle contrariété, si, de la Litispendance, ne sortait pas une fin de non-recevoir insurmontable !

Aussi, Voët, sur le Digeste, titre *de exceptionibus*, met-il sur la même ligne la Litispendance et la chose jugée : *exceptioni rei judicatæ*, dit-il, *affinis admodùm est exceptio Litispendentis.* La Litispendance produit donc, selon cet auteur, une fin de non recevoir, et même une fin de non recevoir semblable à celle de la chose jugée.

Zangerus, qui a fait un traité exprès sur les exceptions, n'est pas moins décisif. On trouve dans son ouvrage un titre qui a pour inscription *de exceptione Litispendentis;* ce qui suppose évidemment que la Litispendance produit une fin de non-recevoir. Il va même plus loin que Voët; il en décrit l'effet en ces termes : *dicitur impeditiva causæ et litis.* Ainsi, selon cet auteur, l'effet propre et naturel de la Litispendance, est qu'elle arrête même le procès, et l'empêche de se former.

Voici un exemple bien remarquable de l'attention des tribunaux à maintenir ces sages maximes. — M. de Croisy, maître des comptes de Normandie, et la dame de Croisy, étaient en instance aux requêtes du palais de Rouen, depuis environ quinze ans, sur une demande en séparation de biens. Le cours de cette instance avait été suspendu pendant long-temps, par une transaction qui laissait à la dame de Croisy la liberté de vivre à son choix, chez sa mère ou dans un couvent. Il y avait bientôt quatre ans qu'elle avait été forcée de se rendre à Paris, dans un appartement loué par sa mère, pour être à portée de recevoir des secours dans une maladie d'obstructions dont elle était attaquée. Il paraît qu'elle se trouvait depuis plus d'un an dans un état habituel de faiblesse et de souffrance, qui ne lui permettait pas même de se tenir debout. — Cependant, sa mère, qui était chargée de pourvoir à sa subsistance, étant décédée en 1775, la dame de Croisy a repris sa demande en séparation, restée pendante aux requêtes du palais à Rouen. M. de Croisy, pour faire diversion, a demandé incidemment que sa femme fût tenue de rentrer dans la maison maritale, sous les peines de droit. De la part de la dame de Croisy, on a lu à l'audience, M. de Croisy présent, des attestations de médecins qui constataient son état. Enfin il est intervenu, sur les conclusions des gens du roi, une sentence contradictoire qui a débouté M. de Croisy de sa demande, *formâ negandi*, et adjugé à la dame de Croisy une pension alimentaire de quatre mille livres. — M. de Croisy a appelé de cette sentence, et a fait signifier son appel, tant au couvent où la dame de Croisy était domiciliée à Rouen, qu'au domicile momentané où elle était re-

Source : BIU Cujas

tenue à Paris par sa maladie. — C'est dans cet état que, malgré son propre appel, malgré l'instance liée aux requêtes du palais et à la grand'chambre du parlement de Rouen, M. de Croisy a présenté à M. le lieutenant civil du châtelet de Paris, une requête tendante à ce que la dame son épouse fût tenue de rentrer dans la maison maritale, et à ce qu'il lui fût permis de saisir et revendiquer les meubles et papiers qui pourraient se trouver dans l'appartement qu'elle occupait. — La requête a été répondue d'une ordonnance de *soient parties appelées*. M. de Croisy, peu satisfait, a demandé à en être reçu appelant; mais, dans la requête qu'il a présentée à cet effet au parlement de Paris, il s'est bien gardé de parler, soit de la procédure faite et pendante au parlement de Normandie, soit de l'acte d'appel qu'il avait fait signifier, à Paris même, à son épouse : au contraire, il a représenté la dame de Croisy comme une femme errante et fugitive qui lui avait emporté différens effets, et dont il venait enfin de découvrir la retraite; et sous prétexte que le moindre éclat lui procurerait encore les moyens de s'évader, il a demandé que, par provision, il lui fût permis de la sommer de rentrer chez lui, et, sur son refus, de la faire enlever, en faisant saisir les meubles, effets et papiers existans dans son appartement. — Sur cet exposé, M. de Croisy a surpris, le 14 du mois de juin 1776, un arrêt qui lui a permis de saisir et revendiquer les meubles et papiers, et a indiqué un jour sur le surplus de ses demandes. — Alors M. de Croisy s'est transporté, avec un huissier et ses deux clercs, un officier et un cavalier de robe courte, dans la maison de son épouse. — L'huissier s'étant contenté d'apposer les scellés sur tout ce qu'il y avait de papiers dans l'appartement, il y eut un référé chez un de Messieurs, qui ordonna que les papiers seraient déposés au greffe sous de nouveaux scellés, et renvoya les parties à l'audience. Dans cet état, il a été rendu, le 24 juillet 1776, sur les conclusions de M. Séguier, avocat général, un arrêt dont voici le dispositif : — « Notredite cour reçoit la partie de Treilhard (la dame de Croisy) opposante à l'exécution de l'arrêt par défaut; au principal, faisant droit sur l'appel, a mis et met l'appellation et ce dont est appel au néant, émendant, évoquant le principal, et y faisant droit, déclare toutes les demandes et procédures de la partie de Caillau (M. de Croisy), faites et formées, tant au châtelet de Paris qu'en notredite cour, nulles, incompétentes et vexatoires; fait main-levée pure et simple à la partie de Treilhard, de la saisie-revendication dont est question; ordonne que les papiers déposés au greffe, seront remis et rendus à ladite partie de Treilhard, les scellés préalablement brisés par l'huissier de notredite cour, porteur du présent arrêt, pour en faire et disposer ainsi qu'elle jugera à propos; à ce faire le greffier contraint; quoi faisant, déchargé; sauf à la partie de Caillau à se pourvoir, par nouvelle action, s'il y a lieu, par-devant les juges qui en doivent connaître, toutes fins de non-recevoir et défenses de celle de Treilhard, réservées au contraire : met la partie de Treilhard sous la protection et sauve-garde de notredite cour; condamne la partie de Caillau aux dépens, même en ceux réservés ».]

III. Pour que la Litispendance puisse opérer les effets qu'on vient de décrire, il faut que ce soit entre les mêmes personnes, pour le même objet, et en vertu de la même cause.

[IV. Le renvoi pour cause de Litispendance, peut-il être refusé à un coobligé, lorsque son coobligé est déjà poursuivi dans un autre tribunal, et qu'assigné en garantie à sa requête, il vient exciper de cette Litispendance même?

Par arrêt du conseil, du 10 octobre 1748, la commune de Granville fut autorisée à emprunter 30,000 liv. à cinq pour cent, sans retenue des impositions royales, sous la caution d'un octroi qui devait durer quinze ans, et dont le produit devait être employé au remboursement.

L'emprunt n'était pas encore rempli en 1762, quoique les administrateurs se fussent soumis à obliger spécialement, outre les deniers de l'octroi, leurs propres biens, ceux de la commune et de tous les habitans.

A cette époque, la veuve Pichon, tutrice de sa fille mineure, prêta 12,000 liv. à des conditions qui furent solennellement acceptées par les maire, échevins et habitans de Granville, au nombre de plus de douze. La veuve Pichon demeurait à Saint-Malo. Les contrats furent passés en cette ville, par un porteur de procuration, qui soumit les habitans de Granville, ses commettans, à la juridiction de Saint-Malo; ils furent ensuite ratifiés dans une assemblée municipale. Une clause remarquable était que le remboursement serait exigible à la majorité de la mineure Pichon, aux termes de l'art. 41 du règlement pour les tutelles en Normandie.

En 1776, arriva l'époque du remboursement : l'impôt affecté à l'emprunt, avait cessé depuis deux ans. Le 16 juin 1776, la veuve Pichon fit assigner le corps municipal de Granville au bailliage de Coutances, pour obtenir son remboursement. Fatiguée pendant cinq ans par des exceptions toujours renaissantes, elle renonça au parti de plaider en Normandie, et s'adressa aux juges de Bretagne, auxquels ses contrats portaient la soumission la plus expresse : elle appela devant eux en 1781 le sieur Perrée et trois autres anciens administrateurs de la municipalité, qui avaient contracté avec elle en 1762, et qui avaient été copreneurs avec le corps de ville. Elle demanda contre eux l'exécution de ses contrats, et conclut à ce qu'ils fussent condamnés en leur nom.

Les quatre particuliers déclinèrent la juridiction de Saint-Malo, et appelèrent la commune de Granville en garantie : celle-ci vint au secours de ses coobligés, et forma comme eux une demande en renvoi.

Sentence du 14 juin 1782, qui déboute le sieur Perrée et consorts de leur déclinatoire, sauf à suivre

Source : BIU Cujas

leur action en garantie contre la commune devant qui ils jugeront à propos.

Le 2 juillet suivant, sentence définitive et par défaut, qui les condamne solidairement à payer les principaux et arrérages.

Appel, de leur part, au parlement de Bretagne, tant de la seconde sentence que de la première.

Sur cet appel, ils font intimer, non seulement la veuve Pichon, mais encore la commune de Granville.

La cause portée à l'audience de la grand'chambre, ils disent pour griefs contre la première sentence, qu'elle a mal à propos disjoint la demande en garantie de la demande principale; et que, d'ailleurs, les juges de Coutances sont seuls compétens, à raison de l'instance déjà introduite devant eux.

La veuve Pichon répond qu'ils sont coobligés solidaires; qu'elle ne les a pas mis en cause à Coutances; qu'elle n'y a plaidé que contre le corps municipal de Granville; qu'ils ne peuvent donc exciper de la Litispendance.

Par arrêt du 23 juin 1784, rendu conformément aux conclusions de l'avocat général du Bourblanc, plaidant MM. Gohier et Glezen, les appellations de Perrée et consorts ont été mises au néant envers la veuve Pichon; mais, faisant droit entre eux et la commune de Granville, le parlement a infirmé la seconde sentence, et condamné le corps municipal à indemniser les appelans des condamnations prononcées contre eux.

Il a donc été jugé, 1° qu'un coobligé solidaire ne peut pas exciper de la Litispendance, du chef de son coobligé; 2° que celui-ci étant assigné en garantie par celui-là, perd le droit qu'il aurait de proposer cette exception, si c'eût été le demandeur au principal qui l'eût assigné directement.]

[[Pourrait-on encore juger de même aujourd'hui? *V.* au mot *Connexité*, §. 1, l'art. 171 du Code de procédure civile.

V. Au surplus, pour former une Litispendance, il n'est pas nécessaire que la cause soit contestée: il suffit que le juge soit saisi par un exploit d'ajournement. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Litispendance*, et le n° suivant.

VI. L'effet de l'exception de Litispendance est de faire renvoyer la cause devant le tribunal qui en a été saisi le premier, quoique d'ailleurs celui devant lequel l'une des parties l'a ensuite portée, soit compétent pour en connaître.

Les sieurs Leclerc et Chaillot expédient de Lyon aux sieurs Vignat, commissionnaires de roulage à Orléans, cinquante-sept tonneaux de fromage, qu'ils les chargent de faire conduire à Nantes, pour le compte du sieur Sarron, directeur des vivres de la marine. — Les sieurs Vignat reçoivent ces marchandises, et les confient à Guillot, voiturier, qui s'engage de les rendre à leur destination. — Il les y rend en effet, mais trop tard et en mauvais état. — Le 30 avril 1806, les sieurs Vignat font assigner Guillot devant le tribunal de commerce d'Orléans, pour se voir condamner à payer le dommage causé par son retard et sa négligence. — D'après la défense de Guillot, les sieurs Vignat demandent la mise en cause des sieurs Leclerc et Chaillot. Elle est ordonnée par un jugement du 10 mai. — En conséquence, le 2 juin suivant, les sieurs Leclerc et Chaillot sont assignés devant le tribunal de commerce d'Orléans, à la requête des sieurs Vignat. — Le 5 du même mois, ils forment contre le sieur Sarron, devant le tribunal de commerce de Lyon, lieu de son domicile, une demande en paiement de 2,762 francs, pour le prix du transport de ses fromages de Lyon à Nantes. — Le sieur Sarron excipe du retard de l'arrivée des marchandises et de l'avarie qu'elles ont soufferte par la faute du voiturier, et demande que, sur le prix de la voiture, il lui soit fait, à titre d'indemnité, une déduction de 1,200 fr. — Les sieurs Leclerc et Chaillot concluent à la mise en cause des sieurs Vignat. — Le 13 juin, jugement qui l'ordonne. — Le 15 juillet suivant, les sieurs Vignat sont, en exécution de ce jugement, assignés devant le tribunal de commerce de Lyon. — Le 21 du même mois, les sieurs Leclerc et Chaillot comparaissent, sur l'assignation du 2 juin, devant le tribunal de commerce d'Orléans; et se fondant sur la Litispendance, demandent leur renvoi au tribunal de commerce de leur domicile. — Jugement du même jour, qui renvoie les parties à se pourvoir en règlement de juges. — L'affaire est en conséquence portée devant la cour de cassation. — Là, les sieurs Leclerc et Chaillot soutiennent que c'est le tribunal de commerce de Lyon qui doit connaître des contestations des parties. — Les sieurs Vignat conviennent qu'il eût été compétent, si celui d'Orléans n'eût pas été saisi de l'affaire avant lui. — Par arrêt du 23 décembre 1807, au rapport de M. Liger-Verdigny, « attendu que le tribunal de commerce d'Orléans a été *légalement* saisi de la contestation avant celui de Lyon; que cette Litispendance antérieure avait existé pour le *même objet* et entre les *mêmes parties*; sans avoir égard à la procédure suivie devant le tribunal de commerce de Lyon, qui demeure nulle et comme non avenue, la cour, statuant par voie de règlement de juges, ordonne le renvoi de la cause devant le tribunal de commerce d'Orléans, où les parties seront tenues de procéder ».]]

VII. Les déclinatoires proposés pour cause de Litispendance, doivent être jugés sommairement à l'audience, suivant l'art. 3 du tit. 6 de l'ordonnance de 1667. (M. Guyot.) *

[[L'art. 172 du Code de procédure civile dit la même chose]]

* LIVRE. C'est un ouvrage d'esprit d'une assez grande étendue pour former un volume.

I. C'est par les Livres que nous acquérons des connaissances: ils sont les dépositaires des lois, de la mémoire, des évènemens, des usages, mœurs, coutumes, etc.

Source : BIU Cujas

Sous ce rapport, les Livres méritent la protection du gouvernement. Mais il est souvent arrivé que des auteurs, abusant de leur esprit et de leurs talens, ont répandu dans le public des Livres capables de corrompre les mœurs ou de troubler la tranquillité publique ; et ce genre de délit a toujours excité l'attention de nos rois. *V. Anonyme, Injure* et *Libelle.* (M. Guyot.) *

II. Est-il permis à un auteur de donner à son Livre un titre qui puisse le faire regarder comme l'ouvrage d'un corps dont il est membre ? Voici un arrêt du parlement de Paris qui juge que non.

Le sieur Vitet, médecin aggrégé au collège de médecine de Lyon, avait fait imprimer un ouvrage de sa composition, sous le titre de *Pharmacopée de Lyon, par M. Vitet, etc.* Il soutenait que, quoique particulier, il avait eu le droit de donner ce titre à son Livre.

Les médecins de Lyon prétendirent, au contraire, que le sieur Vitet avait usurpé un droit qui n'appartenait qu'au collège, celui de publier une *Pharmacopée* pour la ville de Lyon.

La faculté de médecine de Paris, alarmée des suites dangereuses que pouvait avoir cette affaire, s'est jointe au collège de Lyon, pour demander la suppression du titre que le sieur Vitet avait donné à son Livre, et qu'il lui fût fait défenses, ainsi qu'à tous les autres médecins, de donner à leurs ouvrages personnels aucun titre général qui pût les faire attribuer au corps dont ils étaient membres, ni aucune qualification d'où l'on pût induire que leur ouvrage était fait de l'aveu du corps.

L'arrêt rendu le 29 janvier 1780, sur les conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury, « faisant droit au principal, sans s'arrêter aux requêtes de Vitet et des frères Périsse (imprimeurs de Lyon) ; faisant droit sur celles des parties de Lemarié et de Bonnières (les facultés de médecine de Lyon et de Paris), ensemble, sur les conclusions du procureur général, ordonne que le titre du Livre, portant ces mots, *Pharmacopée de Lyon*, imprimé à Lyon, chez Périsse, libraire, sera et demeurera supprimé ; fait défenses à Louis Vitet de faire imprimer, à Périsse et à tous autres libraires, d'imprimer, vendre et distribuer aucun Livre intitulé *Pharmacopée de Lyon* : sur le surplus des demandes des parties, les met hors de cour ».

V. Bibliothèque et *Contrefaçon.*

* LIVRE DE COMMERCE. On appelle ainsi les différens registres ou journaux sur lesquels les négocians, marchands et banquiers écrivent par ordre, soit en gros, soit en détail, toutes les affaires de leur commerce, et même leurs affaires domestiques qui y ont rapport.

I. L'art. 1 du tit. 3 de l'ordonnance du commerce, du mois de mars 1673, veut que les négocians et marchands, tant en gros qu'en détail, aient un Livre qui contienne tout leur négoce, leurs lettres de change, leurs dettes actives et passives, et les deniers employés à la dépense de leur maison.

[[Cette disposition est à la fois renouvelée et perfectionnée par le Code de commerce :

« *Art.* 8. Tout commerçant est tenu d'avoir un Livre-journal qui *présente*, jour par jour, ses dettes actives et passives, les opérations de son commerce, ses négociations, acceptations ou endossemens d'effets, et généralement tout ce qu'il reçoit et paye, à quelque titre que ce soit ; et qui *énonce*, mois par mois, les sommes employées à la dépense de sa maison : le tout indépendamment des autres Livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables. — Il est tenu de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit, et de copier sur un registre celles qu'il envoie.

» 9. Il est tenu de faire tous les ans, sous seing privé, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, et de ses dettes actives et passives, et de le copier, année par année, sur un registre spécial à ce destiné ».]]

L'art. 2 du tit. 3 de l'ordonnance de 1673 assujettit pareillement les agens de change et de banque à tenir un Livre-journal, où ils doivent insérer toutes les parties qu'ils ont négociées, pour y avoir recours en cas de contestation.

[[L'art. 84 du Code de commerce porte également que « les agens de change et courtiers sont tenus d'avoir un Livre revêtu des formes prescrites par l'art. 11 (rapporté ci-après, n. 2). Ils sont tenus (ajoute-t-il) de consigner dans ce Livre, jour par jour, et par ordre de dates, sans ratures, interlignes ni transpositions, et sans abréviations ni chiffres, toutes les conditions des ventes, achats, assurances, négociations, et en général de toutes les opérations faites par leur ministère ».]]

Ainsi, lorsqu'il survient des différens entre les marchands, banquiers, ou autres personnes qui ont négocié quelques affaires par l'entremise d'un agent de change, on a recours au Livre-journal de ce dernier, qui fait foi en justice quand il est en bon ordre ; et l'on en tire des inductions, en le conférant avec les autres Livres des banquiers ou négocians qui ont entre eux des contestations.

[[« Les Livres de commerce régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçans, pour fait de commerce ». C'est la disposition du Code de commerce, art. 12. *V. Preuve.*]]

II. Pour donner une sorte de caractère d'authenticité aux Livres-journaux, l'ordonnance de 1673 avait prescrit (art. 3 et 4 du titre cité), qu'ils fussent signés, cotés et paraphés, à peu près comme cela se pratique à l'égard des registres de baptêmes, mariages et sépultures. L'objet du législateur avait été d'empêcher qu'on ne pût altérer ces Livres, et en substituer de faux aux véritables par des copies faites après coup : mais dans une ville telle que Paris, où le nombre des marchands et négocians est immense, il eût été très difficile qu'ils remplissent les obligations qui leur avaient été imposées au sujet de ces formalités de signa-

Source : BIU Cujas

tures, de cotes et paraphes de leurs Livres : les mêmes difficultés se seraient rencontrées dans toutes les autres grandes villes du royaume, proportionnellement à l'étendue du commerce qui s'y fait : c'est pourquoi les dispositions de l'ordonnance à cet égard, quelque sages et quelque utiles qu'elles soient en elles-mêmes, sont demeurées sans exécution. Dans la suite, on a essayé de faire naître de là un droit bursal, en créant des officiers particuliers pour ces sortes de paraphes, et en leur attribuant un droit à cet effet, d'abord par un édit du mois de novembre 1706, et ensuite par une déclaration du mois de mai 1707. On avait même voulu obliger les marchands, négocians et agens de change, à se servir de papier timbré pour leurs registres et Livres-journaux; c'est ce que porte formellement un arrêt du conseil, du 3 avril 1674. Mais ces projets, formés pour procurer quelques ressources à l'État dans des temps fâcheux et difficiles, ont été abandonnés presque en naissant; on a senti sans doute que les dépenses et la gêne qui en résulteraient pour le commerce, en occasionneraient bientôt le dépérissement.

[[Le Code de commerce rétablit les formalités qu'avait prescrites l'ordonnance de 1673. Voici comment il s'explique :

« *Art.* 10. Le Livre-journal et le Livre des inventaires seront paraphés. — Le Livre de copies de lettres ne sera pas soumis à cette formalité.

» 11. Les Livres dont la tenue est ordonnée par les art. 8 et 9 ci-dessus, seront cotés, paraphés et visés, soit par un des juges des tribunaux de commerce, soit par le maire ou un adjoint, dans la forme ordinaire et sans frais Les commerçans seront tenus de garder ces Livres pendant dix ans.

» 13. Les Livres que les individus faisant le commerce sont obligés de tenir, et pour lesquels ils n'auront pas observé les formalités ci-dessus prescrites, ne pourront être représentés ni faire foi en justice au profit de ceux qui les auront tenus, sans préjudice de ce qui *sera réglé au Livre des faillites et banqueroutes* ». — *V. Faillite et Banqueroute*, tom. 3, pag. 90, col. 2.]]

III. Une chose essentielle à la forme des Livres-journaux, et ordonnée par l'art. 5 du titre cité de l'ordonnance de 1673, est qu'ils doivent être écrits tout de suite, par ordre de date, sans aucun blanc, et sans qu'il soit rien écrit en marge; en sorte que quand un marchand ou un négociant reçoit un paiement relatif à un article de fourniture ou de vente, porté sur le Livre-journal sous une date antérieure au paiement, il ne faut pas faire mention de ce paiement en marge de l'article auquel il a rapport; mais il faut l'inscrire sur ce Livre dans l'ordre de la date qui lui est propre.

[[L'art. 10 du Code de commerce veut également que le Livre-journal, le Livre des inventaires et le Livre de copies de lettres soient « tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes ni transports en marge ». *V.* l'art. 8, rapporté ci-dessus, n. 1.]]

IV. Quoique les marchands et négocians ne soient obligés, par l'ordonnance, à avoir d'autres Livres que le Livre-journal, [[et par le Code de commerce, à en avoir d'autres que le Livre-journal, le Livre d'inventaires et le Livre de copies de lettres]], ceux qui font un commerce considérable, ne peuvent se dispenser d'en avoir plusieurs autres pour tenir leurs affaires en bon ordre. Les principaux de ces Livres sont,

1° Le *grand Livre*, ou *Livre d'extrait*, ou *Livre de raison*. On l'appelle *grand*, parcequ'il est le plus grand des Livres dont se servent les négocians : *Livre d'extrait*, à cause qu'on y porte tous les articles extraits du Livre-journal; et *Livre de raison*, parcequ'il rend raison à celui qui le tient, de toutes ses affaires. — C'est sur ce Livre qu'on forme tous les comptes en débit et crédit dont on trouve les sujets sur le Livre-journal. Pour former chaque compte, il faut se servir de deux pages, qui, au *folio* où l'on veut le mettre, se trouvent opposées l'une à l'autre. La page à gauche sert pour le débit, et la page à droite pour le crédit. Le débit se marque par le mot *doit*, qu'on met après le nom du débiteur; et le crédit, par le mot *avoir*. — Chaque article doit être composé de cinq parties ou membres, qui sont, 1° la date; 2° celui à qui on débite ce compte, ou par qui on le crédite; 3° le sujet, c'est-à-dire, pourquoi on le débite ou crédite; 4° le *folio* de rencontre; et enfin, 5° la somme ou le montant de l'article.

2° Le *Livre de caisse* ou *de bordereaux*. On l'appelle *Livre de caisse*, parcequ'il contient, en débit et crédit, tout ce qui entre d'argent dans la caisse d'un négociant, et tout ce qui en sort : *Livre de bordereaux*, à cause que les espèces de monnaies qui sont entrées dans la caisse ou qui en sont sorties, y sont détaillées par bordereaux. — Sur ce Livre, que le marchand tient, ou par lui-même, ou par un caissier ou commis, s'écrivent toutes les sommes qui se reçoivent et se payent journellement, la recette du côté du débit, en marquant de qui on a reçu, pourquoi, pour qui, et en quelles espèces; et la dépense du côté du crédit, en faisant aussi mention des espèces, des raisons du paiement, et de ceux pour qui et à qui on l'a fait.

3° Le *Livre des échéances*, où l'on écrit le jour de l'échéance de toutes les sommes qu'on a à payer ou à recevoir, soit par lettres de change, billets, marchandises ou autrement, afin qu'en comparant les recettes et les paiemens, on puisse pourvoir à temps aux fonds pour les paiemens, en faisant recevoir les billets et les lettres échus, ou en prenant d'ailleurs ses précautions de bonne heure. — Ce Livre se dresse comme le grand Livre, c'est-à-dire, sur deux pages opposées l'une à l'autre : ce qui est à recevoir, se met à la page à gauche; et ce qui est à payer, s'écrit à la droite.

Source : BIU Cujas

4° Le *Livre des numéros*, qu'on tient pour connaître facilement toutes les marchandises qui entrent dans un magasin, qui en sortent, ou qui y restent : la forme en est ordinairement longue et étroite, comme d'une demi-feuille de papier pliée en deux dans sa longueur : chaque page est divisée par des lignes transversales et parallèles, éloignées les unes des autres d'environ un pouce, et réglées de deux autres lignes de haut en bas, l'une à la marge, et l'autre du côté des sommes. — Pour chaque intervalle des carrés longs que forment ces lignes, on écrit dans la page à gauche le volume des marchandises; c'est-à-dire, si c'est une balle, une caisse ou un tonneau; ou leur qualité, comme poivre, girofle, miel, savon, etc., et leur poids ou quantité; et vis-à-vis, du côté de la marge, les numéros qui sont marqués sur les balles, caisses, ou tonneaux qu'on a reçus dans le magasin. — A la page droite, on suit le même ordre pour la décharge des marchandises qui sortent du magasin, en mettant vis-à-vis de chaque article de la gauche, d'abord à la marge, la date des jours que les marchandises sont sorties du magasin; et dans le carré long, le nom de ceux à qui elles ont été vendues ou envoyées.

5° Le *Livre des factures*, qui se tient pour ne pas embarrasser le journal de quantité de factures nécessaires, en dressant les comptes des diverses marchandises reçues, envoyées ou vendues, où l'on est obligé d'entrer dans un grand détail. Les factures qu'on doit porter sur ce Livre, sont, — Les factures des marchandises qu'on achète et qu'on envoie pour le compte d'autrui, — Celles des marchandises qu'on vend par commission; — Les factures des marchandises qu'on envoie en quelque lieu, pour être vendues pour notre compte; — Celles des marchandises qui sont en société, dont nous avons la direction; — Enfin, tous les comptes qu'on ne termine pas sur-le-champ, et qu'on ne veut pas ouvrir sur le grand Livre.

6° Le *Livre des comptes courans*, qui se tient en débit et crédit, de même que le grand Livre. Il sert à dresser les comptes qui sont envoyés aux correspondans, pour les régler de concert avec eux, avant de les solder sur le grand Livre; et c'est proprement un double des comptes courans, qu'on garde pour y avoir recours.

7° Le *Livre des commissions, ordres ou avis*, sur lequel on écrit toutes les commissions, ordres ou avis qu'on reçoit de ses correspondans. — Les marges de ce Livre doivent être très larges, pour y pouvoir mettre, vis-à-vis de chaque article, les notes nécessaires concernant leur exécution. Quelques uns se contentent de rayer les articles quand ils ont été exécutés.

8° Le *Livre des acceptations ou des traites*, qui est un Livre destiné à enregistrer toutes les lettres de change que les correspondans marquent, par leurs lettres missives ou d'avis, qu'ils ont tirées sur nous; et cet enregistrement se fait, afin qu'on puisse être en état de connaître, à la présentation des lettres, si l'on a ordre de les accepter ou non. Si on les accepte, on met sur le Livre des acceptations, à côté de l'article, un A, qui veut dire *accepté* : si, au contraire, on ne les accepte pas, on met un A et un P, qui signifie *à protester*.

9° Le *Livre des remises*, qui sert à enregistrer toutes les lettres de change, à mesure que les correspondans les remettent pour en exiger le paiement. Si elles sont protestées faute d'acceptation, et renvoyées à ceux qui en ont fait les remises, il en faut faire mention à côté des articles, en mettant un P en marge, et la date du jour qu'elles ont été renvoyées, puis les barrer : mais si ces lettres sont acceptées, on met un A à côté des articles, et la date des acceptations, si elles sont à quelques jours de vue.

10° Le *Livre de dépense*, où se mettent en détail toutes les menues dépenses qu'on fait, soit pour son ménage, soit pour son commerce, et dont au bout de chaque mois on fait un total, pour en former un article sur le mémorial ou journal.

11° Le *Livre des copies de lettres*, qui sert à conserver des copies de toutes les lettres d'affaires qu'on écrit à ses correspondans, afin de pouvoir savoir avec exactitude et lorsqu'on en a besoin, ce qu'on leur a écrit, et les ordres qu'on leur a donnés.

12° Le *Livre des ports de lettres*, qui est un petit registre sur lequel on ouvre des comptes particuliers à chacun de ses correspondans pour les ports de lettres qu'on a payés pour eux, et qu'on solde ensuite, quand on le juge à propos, afin d'en porter le total à leur débit.

13° Le *Livre des vaisseaux*, qui se tient en débit et crédit, en donnant un compte à chaque vaisseau. Dans le débit, se mettent les frais d'avitaillement, gages, etc.; et dans le crédit, tout ce que le vaisseau produit, soit pour fret, soit autrement; et ensuite le total de l'un et de l'autre se porte sur le journal, en débitant et créditant le vaisseau.

14° Le *Livre des ouvriers*, lequel est particulièrement en usage chez les marchands qui font fabriquer des étoffes et autres marchandises. Il se tient en débit et en crédit pour chaque ouvrier qu'on fait travailler. Dans le débit, on met les matières qu'on leur donne à fabriquer; et dans le crédit, les ouvrages qu'ils rapportent après les avoir fabriqués.

V. Comme les Livres des marchands et négocians contiennent le secret de toutes leurs affaires, les art. 9 et 10 du tit. 3 de l'ordonnance du commerce décident que la représentation ou communication de ces Livres ne peut être requise ni ordonnée en justice que dans trois cas : 1° lorsqu'il s'agit de partage de succession, de communauté, ou de société, parcequ'alors celui qui demande la com-

Source : BIU Cujas

mission ou la représentation des registres, a droit à la chose : 2° en cas de faillite, parceque les créanciers deviennent les principaux intéressés aux affaires de celui qui a fait faillite, et qu'ils ne peuvent en acquérir la connaissance que par la communication de ses registres : 3° dans le cas de contestations judiciaires, soit qu'un marchand veuille se servir de ses registres pour autoriser sa demande, soit que sa partie adverse offre elle-même d'y ajouter foi. Mais dans ce dernier cas, on ne doit extraire du registre que ce qui concerne le différend, sans pouvoir prendre aucune connaissance des autres affaires portées sur le même registre.

La disposition de l'ordonnance sur ce dernier cas, a donné lieu à la question de savoir si un marchand qui était porteur d'une reconnaissance passée devant notaires, pouvait, nonobstant un tel titre, être obligé à la représentation de ses Livres pour justifier sa créance. Cette question s'est présentée devant les juges-consuls de Troyes, qui ont ordonné cette représentation ; et leur sentence a été confirmée par arrêt rendu au parlement de Paris, le 22 juillet 1689. La raison de douter était que le marchand demandeur ayant en sa faveur un titre authentique, une plus ample justification de sa créance devenait superflue. La raison de décider a été, que, nonobstant ce titre, les Livres du marchand pouvaient contenir la preuve que le débiteur s'était libéré postérieurement.

[[Le Code de commerce renouvelle les dispositions de l'ordonnance de 1673 sur cette matière. Voici ses termes :

« *Art.* 14. La communication des Livres et inventaires ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et en cas de faillite.

» 15. Dans le cours d'une contestation, la représentation des Livres peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend.

» 16. En cas que les Livres dont la représentation est offerte, requise ou ordonnée, soient dans des lieux éloignés du tribunal saisi de l'affaire, les juges peuvent adresser une commission rogatoire au tribunal de commerce du lieu, ou déléguer un juge de paix pour en prendre connaissance, dresser un procès-verbal du contenu, et l'envoyer au tribunal saisi de l'affaire.

» 17 Si la partie aux Livres de laquelle on offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie ».]]

VI. L'art. 11 du tit. 11 de l'ordonnance citée, veut que les négocians et les marchands, tant en gros qu'en détail, et les banquiers qui, lors de leur faillite, ne représentent pas leurs Livres et registres, puissent être réputés banqueroutiers frauduleux.

Il ne résulte pas de cette disposition qu'on doive toujours regarder comme banqueroutier frauduleux le marchand ou négociant qui ne représente pas ses Livres. Ainsi, un marchand qui, au lieu de tenir des Livres, n'aurait inscrit ses affaires que sur des feuilles volantes, ne serait pas réputé banqueroutier frauduleux, s'il représentait ces feuilles : mais s'il y avait preuve qu'il eût eu des Livres en forme, et qu'il refusât de les représenter à ses créanciers, on supposerait en lui le dessein de tromper, et il pourrait être poursuivi comme banqueroutier frauduleux. (M. Guyot.)*

[[*V. Faillite et Banqueroute*, tome 5, pag. 90 et 91.]]

LIVRE NUMÉRAIRE. Monnaie de compte valant vingt sous à Paris et dans la plus grande partie de la France.

Les variétés qu'on remarque dans plusieurs provinces des Pays-Bas sur la valeur de cette monnaie de compte, meritent une attention particulière.

La *Livre Hainaut* ne vaut que dix patards ou 12 sous 6 deniers tournois.

La *Livre Flandre*, autrement appelée *florin*, vaut vingt patards, c'est-à-dire, 25 sous.

La *Livre Artois* n'a pas toujours été fixée au même taux. Tant que cette province a appartenu à la France, on n'y a connu que la monnaie tournoise, et par conséquent la Livre n'a pu y valoir que vingt sous. La cession que François Ier fut contraint de faire de ce pays à Charles-Quint, apporta un grand changement sur ce point : le commerce considérable et nécessaire qui se faisait entre l'Artois et les autres provinces des Pays-Bas, y introduisit l'usage de la monnaie de Flandre : on commença dès-lors à confondre la Livre d'Artois avec le florin : et comme celui-ci valait constamment vingt-cinq sous, on haussa d'un cinquième la valeur de l'autre.

Ainsi, quoique l'art. 19 du placard ou édit perpétuel de 1611 n'admette la preuve testimoniale que dans les causes dont l'objet n'excède pas 300 Livres Artois, c'est-à-dire, cent écus, suivant l'ancienne supputation, on n'a pas laissé, dans tous les tribunaux des Pays-Bas, de recevoir cette preuve jusqu'à 300 florins de Flandre, qui font 375 Livres de France.

Cette confusion de la Livre d'Artois avec le florin de Flandre n'était autorisée par aucune loi positive ; l'usage seul l'avait introduite et tolérée. Aussi, dès que la ville d'Arras fut rentrée sous l'obéissance du roi, le 9 août 1640, elle reprit la monnaie tournoise, et par-là réduisit les Livres à vingt sous ; ce qui a été suivi dans tout l'Artois cédé. C'est ce qu'a attesté le conseil d'Artois par actes de notoriété des 28 janvier 1680, 18 février 1684 et 29 avril 1693.

Pour plus grande précaution, les Etats de la province demandèrent par l'art. 32 de leur cahier du 23 janvier 1661, *que le cours de la monnaie fût semblable au pays d'Artois que dans les autres lieux du royaume.* Le roi fit écrire à la marge de cet article, *accordé.*

Source : BIU Cujas

Mais cette réduction doit-elle avoir un effet rétroactif pour toutes les rentes et redevances créées dans l'Artois cédé dans l'intervalle du traité de Madrid de 1525, à la capitulation d'Arras de 1640 ? Voici la distinction qu'on fait à cet égard.

Si la dette a été contractée en monnaie de Flandre, elle doit être acquittée en monnaie de Flandre à vingt-cinq sous la Livre ou florin, car *convenances vainquent la loi.*

Mais, ajoute-t-on, si la dette a été créée en monnaie d'Artois, quand même on se serait servi des mots *florins*, *florins carolus d'or*, *florins de vingt patards*, elle doit être payée en monnaie tournoise, à raison de vingt sous pour Livre ou florin d'Artois.

La raison sur laquelle on fonde cette décision, est que la Livre a été appelée indifféremment *florin* et *carolus*, et que jamais les souverains des Pays-Bas n'ont reconnu légalement d'autre monnaie en Artois, que celle de France, suivant laquelle la Livre est de vingt sous tournois, et le sou de douze deniers.

Le parlement de Paris a confirmé cette décision par plusieurs arrêts.

Il y en a un entre autres, du 21 avril 1690, rendu à la quatrième chambre des enquêtes, au rapport de M. Tiquet : en voici l'espèce. — Par acte du 23 juin 1629, passé à Fruges dans le comté de Saint-Pol, Guislain de Fiennes, Marc, son fils aîné, et Magdeleine d'Oignies, son épouse, ont constitué au profit de Jeanne de Labarre une rente de 200 *florins, monnaie d'Artois*, au capital de 3200 florins, même monnaie. — Par un autre acte du 30 avril 1632, passé au même endroit, Marc de Fiennes et son épouse ont constitué à Antoine de Calonne une rente de 250 florins, au capital de 4000 *florins, monnaie d'Artois.* — Ces deux rentes étant passées par cession et transport à Alexis de Fiennes, il s'éleva entre lui et ses cohéritiers quelques difficultés qui furent décidées par une sentence du conseil d'Artois, du 22 mars 1687. L'arrêt cité a confirmé cette sentence, en y ajoutant cette clause : « Et néanmoins surseoira l'exécution du présent arrêt pour trois mois, à compter du jour de la signification dudit arrêt à la personne ou domicile dudit Guislain de Fiennes; pendant lequel temps ledit Guislain et sa femme pourront retirer les deux parties de la rente en question, en payant audit de Fiennes la somme de 6000 Livres, avec les intérêts à compter du jour de la consignation de ladite somme ». Voilà bien la Livre de France subrogée au florin d'Artois, stipulé dans les actes de 1629 et 1632.

La question a encore été jugée plus formellement par un autre arrêt du 2 juillet 1693, intervenu à la troisième chambre des enquêtes, au rapport de M. Brayer. — Par acte du 2 octobre 1625, passé à Quernonval, dans le comté de Saint-Pol, Marie de Bryas céda à son frère Henri un bois dit *des Granges*, moyennant une rente de 750 *florins, monnaie d'Artois*, rachetable, à raison du denier dix-huit, par 12,000 *florins, dite monnaie.* — Il fut fait plusieurs paiemens à compte des arrérages de cette rente, *en patacons de 48 patards pièce*, et en *grains d'épeautre*, à raison de 6 florins le muid. — Dans la suite, il fallut liquider le montant des arrérages et des paiemens. Par sentence du conseil d'Artois, du 19 mars 1691, confirmée par l'arrêt cité, les arrérages de la rente de 750 florins furent tirés en compte pour 750 Livres de France; les patacons de 48 patards, pour 60 sous de France, et les six florins de l'épeautre pour 6 Livres de France.

Voici un troisième arrêt qui a prononcé de même. Le 18 juillet 1619, il fut passé à Béthune un contrat de constitution de 21 *florins Artois*, 9 *sous de rente*, *rachetable de* 300 *florins Artois*, *avec les arrérages lors dus en or ou monnaie ayant cours audit pays d'Artois, au cri du prince et tolérance de justice.* — En 1693, Marguerite Vaillant, héritière du créancier, reçut, en l'absence de Jacques-Bernard Lyot d'Eglegate, son mari, le remboursement du principal et le paiement des arrérages. Le mari ayant refusé de rendre les titres, à moins qu'on ne lui donnât le cinquième en sus, c'est-à-dire, l'excédant de la monnaie numéraire de Flandre sur celle de France, Claude Delafosse, un des héritiers du débiteur qui avait fait ce remboursement, le fit assigner à l'échevinage de Saint-Omer, où il intervint une sentence du 23 juin 1694, dont le dispositif portait : « Ledit Lyot d'Eglegate aurait été condamné de remettre ès mains dudit Delafosse les lettres de constitution et de reconnaissance dont était question, créées en la ville de Béthune, et de lui en faire transport sans garantie, moyennant les 300 Livres, monnaie courante, qu'il avait comptées pour les deniers capitaux d'icelle rente, et en payant par lui les arrérages, s'il en restait encore dû, avec les frais de lettres et rate de temps, en pareille monnaie, selon ses offres; ledit d'Eglegate déclaré non-recevable en ce qu'il avait prétendu recevoir lesdits deniers capitaux et arrérages, monnaie courante, avec l'augmentation d'un cinquième pour l'équivalent de la monnaie d'Artois, telle qu'elle avait cours au temps de la constitution de ladite rente, et condamné aux dépens ». — Le sieur d'Eglegate appela de cette sentence; mais elle fut confirmée au conseil d'Artois par jugement du 5 mai 1695, et au parlement de Paris par arrêt du 20 mai 1697, rendu à la troisième chambre des enquêtes, au rapport de M. Boistel (1).

Tout ce que nous venons de dire, ne s'applique qu'à l'*Artois cédé* : car le comté de Saint-Pol et la ville de Béthune, où avaient été passés les actes qui faisaient la matière des arrêts cités, sont situés dans cette partie de la province.

Quant à l'*Artois réservé*, on y suit des principes tous différens. La capitulation d'Aire, du 31

(1) J'ai extrait cet arrêt et les deux précédens d'une consultation de Maillart, commentateur de la coutume d'Artois, que j'ai entre les mains.

Source : BIU Cujas

juillet 1676, art. 31, a accordé à cette ville et à tout son bailliage, que le paiement des dettes contractées antérieurement serait fait en même monnaie qu'elles avaient été créées.

Par une ordonnance du 23 janvier 1679, publiée au mois de février suivant, le roi déclara qu'à l'avenir la monnaie de France aurait cours dans les villes d'Aire, Saint-Omer, Regale-Terrouane, et leurs dépendances, cédées à sa majesté par l'art. 11 du traité de Nimègue, du 17 septembre 1678; mais qu'à l'égard du passé, les dettes seraient payées sur le prix de la monnaie de Flandre, et sur celui qui avait cours lorsque les dettes avaient été contractées.

Un arrêt du conseil du 17 juillet 1684 a ordonné, en conséquence de ce règlement, que les redevances et rentes foncières créées avant le mois de février 1679, seraient payées dans les bailliages d'Aire, Saint-Omer, et leurs dépendances, en monnaie de France, avec l'augmentation d'un cinquième, pour les proportionner à la monnaie de Flandre, sur le pied de laquelle elles avaient été créées avant 1679.

[[*V. Parisis, Monnaie*, §. 1, n. 5, et *Monnaie décimale.*]]

* LIVRÉE. On donne ce nom aux habits de couleur dont on habille les laquais, les cochers, les postillons, etc.

En France, les Livrées sont arbitraires; chacun peut en composer à sa fantaisie, et les faire porter à ses gens: néanmoins il est défendu, sous peine de 500 livres d'amende, à toutes sortes de personnes, de faire porter la Livrée du roi à leurs domestiques, à moins qu'elles n'en aient le droit par leurs charges ou par une concession particulière. C'est ce qui résulte des diverses ordonnances des 10 février 1704, 6 février 1753, 16 avril 1762 et 4 novembre 1776. (M. Guyot.) *

[[La loi du 19 juin 1790 avait défendu à tout « citoyen français de porter ni faire porter de Livrée ». Mais cette défense a cédé depuis l'an 1800 à un usage contraire et général; et le gouvernement lui-même vient de consacrer cet usage par l'art. 14 du décret du 1er mars 1708, qui est rapporté au mot *Noblesse*, §. 8, n. 3.]]

LOCATAIRIE PERPÉTUELLE (bail à). Ces termes, très usités dans les pays de droit écrit, y désignent une espèce de contrat qui approche de l'emphytéose, de l'acensement, du bail à rente foncière, et qui cependant est distingué de chacun de ces actes par des traits bien caractéristiques.

Par l'emphytéose, le bailleur se dépouille de la propriété utile, sous trois conditions principales: la première, qu'en reconnaissance du domaine direct qu'il retient, le preneur lui paiera chaque année une redevance; la seconde, que s'il est pendant trois ans en demeure d'acquitter cette redevance, sa propriété utile tombera en commise; la troisième, qu'il ne pourra pas aliéner cette propriété, sans au préalable avoir prévenu le bailleur et lui avoir présenté le marché pour le même prix qu'en offre l'acquéreur qu'il a en vue.

Le bail à cens emporte également translation du domaine utile, et réserve de la directe; mais il n'expose pas le preneur à la commise, faute de paiement de la rente censuelle; et il lui laisse liberté entière d'aliéner, sauf au seigneur à retraire l'héritage, s'il le trouve à propos.

Le bail à rente foncière transfère l'une et l'autre espèce de domaine quand le bailleur les réunissait toutes deux dans sa personne; il rend le preneur aussi absolu propriétaire que l'était le bailleur, et celui-ci ne retient précisément que la rente.

Enfin, par le bail à Locatairie perpétuelle, le preneur acquiert la possession naturelle et utile; mais la propriété foncière et la possession civile demeurent dans la main du bailleur.

Cette différence du bail à Locatairie perpétuelle, d'avec les trois espèces de contrats auxquels il ressemble en quelques points, est remarquée par plusieurs auteurs des pays de droit écrit.

Ecoutons Boutaric dans son *Traité des droits seigneuriaux*, ch. 14: — « Le bail à Locatairie perpétuelle diffère du contrat emphytéotique, en ce que, pour donner un fonds à titre d'emphytéose, il faut en avoir la pleine propriété, c'est-à-dire, le posséder allodialement et indépendamment de toute seigneurie directe; au lieu que pour bailler à titre de Locatairie perpétuelle, il suffit d'avoir la *dominité* utile. On ne regarde point ce contrat comme translatif de propriété..... ce n'est proprement qu'un *cizaillement de la dominité* en deux parties, dont l'une demeure à titre de propriété à celui qui donne le fonds, et l'autre passe à titre d'usufruit sur la tête du locataire ».

Fonmaur, *Traité des lods et ventes*, n. 536, nous donne les mêmes idées sur cette matière: « Le bail à Locatairie perpétuelle (dit-il), diffère à quelque égard du bail à rente, non qu'il y ait réservation de directe dans l'un ni dans l'autre, mais en ce que le bailleur se réserve la propriété et la possession civile, et qu'il ne baille que la possession naturelle au preneur chargé du paiement de la rente, tant qu'il jouira ».

Cette doctrine a servi de fondement à un arrêt du parlement de Toulouse du 14 août 1705, rapporté dans le Journal du palais de cette cour, tome 2, §. 166. La question était de savoir si le seigneur direct qui a baillé un fonds à Locatairie perpétuelle, sans s'être réservé de cens, peut, outre la rente qu'il a stipulée, exiger la redevance censuelle à laquelle sont assujettis les héritages tenus de sa seigneurie. L'arrêt a jugé pour la négative, sur le fondement que le contrat de Locatairie ne transfère pas la propriété utile, et que le cens suppose cette propriété dans celui qui le paye.

Ce principe a encore dicté trois arrêts de la même cour des 1 juillet 1737, 9 août 1746 et 7 janvier 1749: il s'agissait de savoir si le bailleur

Source : BIU Cujas

peut, sans décret et en vertu d'une simple ordonnance de justice, rentrer dans sa chose faute de paiement de la rente pendant trois ans, ou s'il est obligé de faire décréter le bien sur le preneur, comme on le fait dans le cas d'un bail à cens ou à rente foncière. Ces trois arrêts ont adopté le premier parti, par le motif de la rétention du domaine dans la personne du bailleur. Le plus ancien est rapporté dans le Journal du palais de Toulouse, à l'endroit de sa date ; les deux autres sont cités par Fonmaur, sous le n° indiqué ci-dessus.

[[Le parlement de Provence avait adopté, sur la nature du bail à Locatairie perpétuelle, d'autres idées que le parlement de Toulouse : il envisageait ce contrat comme un vrai bail à rente ; et l'assemblée constituante l'a aussi considéré comme tel, lorsque par l'art. 1er de son décret du 18 décembre 1790, elle a autorisé le rachat des rentes créées par des baux ainsi qualifiés.

C'est ce qui est développé fort au long dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Locatairie perpétuelle*.

Il y est également prouvé, et l'arrêt de la cour de cassation du 7 ventose an 12 qui y est rapporté, juge, — 1° Que la rente créée au profit d'un ci-devant seigneur, par un bail à Locatairie perpétuelle, n'était pas originairement seigneuriale, par cela seul qu'elle était le prix de la concession de droits ou de domaines seigneuriaux ; — 2° Qu'elle était seigneuriale, lorsque par le bail à Locatairie perpétuelle, le ci-devant seigneur s'était réservé la directe sur l'objet compris dans ce bail ; — 3° Que la rente purement foncière créée par un bail à Locatairie perpétuelle, pour prix de droits seigneuriaux supprimés depuis, et de domaines encore existans, est sujette à réduction en faveur du preneur.

V. Cens, Directe, Emphytéose et *Rente foncière.*]]

* LODS ET VENTES. Droit pécuniaire qui appartient au seigneur sur le prix des héritages censuels de sa mouvance, lorsqu'ils changent de mains par vente, ou par acte équipollent à vente.

[Ces mots *Lods et Ventes* sont-ils synonymes ? Quelques auteurs ont cru qu'ils désignaient un double droit, l'un dû par l'acheteur, et l'autre par le vendeur. C'est une erreur dont on est revenu depuis fort long-temps.

La coutume d'Auxerre est la seule qui mette une différence entre le droit de *Lods* et celui de *ventes*. Voici comment elle s'exprime, art. 85 : « En échange fait but à but, y a Lods, qui est de deux sous tournois pour une fois, pour tout ledit contrat, et n'en sont dues ventes : mais s'il y a soultes, sont dus Lods et Ventes pour lesdites soultes ». — L'art. 86 ajoute, que « pour l'héritage donné par amour ou affection du donateur envers le donataire, est dû Lods seulement, qui est deux sous tournois, comme dit est ».

En Provence, au lieu de *Lods et Ventes*, on dit *Lods et trézain.* Question de savoir s'ils n'y désignent qu'un simple droit fixé au treizième du prix principal, ou un double Lods, c'est-à-dire, le sixième ? Bomy, dans son Recueil de coutumes, chapitre *à quelle raison se paye le Lods en Provence*, rapporte plusieurs arrêts qui jugent pour le premier parti. Mais Pastour, dans son traité *de feudis*, tit. 13, n. 1, présente l'opinion contraire comme une maxime très constante.

Elle a été également adoptée par MM. les gens du roi du parlement d'Aix, dans un acte de notoriété du 18 mai 1684, qu'ils ont donné à un magistrat disposé à se pourvoir contre un arrêt du parlement de Grenoble, qui avait jugé, à son désavantage, pour l'exclusion du double Lods. Mais l'ordre des avocats a refusé d'en donner un semblable. (Boniface, tome 4, liv. 5, tit. 1, ch. 6.)

« Aujourd'hui, dit Latouloubre (*Jurisprudence féodale*), part. 2, tit. 2, §. 1), il n'y a plus aucun doute sur cette question ; et il est généralement reconnu que le seigneur ne peut exiger le double Lods, qu'autant que dans ses titres constitutifs ou équivalens, à ces mots, *Lods et trézains*, sont joints ceux-ci, *à raison de deux sous par florin*, valant douze sous ».]

Nous avons dit que les Lods et Ventes se percevaient sur les héritages censuels, et en cela nous avons parlé suivant le droit commun coutumier ; il y a des provinces entières où l'on nomme indistinctement *Lods*, les droits de vente que perçoivent les seigneurs sur les fiefs et sur les rotures.

C'est également d'après les règles du droit commun, que nous disons que le droit de Lods s'ouvre lorsque l'héritage change de main par vente ou acte équipollent à vente. Il y a des coutumes qui assujettissent à cette prestation les donations aussi bien que les ventes. (M. H....) *

[[Les droits de Lods et Ventes avaient été déclarés rachetables par les lois des 4 août 1789 et 15 mars 1790 ; et la loi du 3 mai de cette dernière avait réglé le taux et le mode du rachat qui pouvait s'en faire. Mais la loi du 18 juin 1792 a été plus loin : elle a aboli sans indemnité tous les droits de Lods et Ventes, de quint et requint, de relief, etc., à moins qu'ils ne fussent justifiés par un titre primordial d'inféodation ou d'acensement, être la condition expresse d'une concession de fonds. — L'art 1er de la loi du 17 juillet 1793 a fait plus encore : il les a abolis même dans le cas où la loi du 18 juin 1792 voulait qu'ils fussent maintenus.]]

LOER. Terme employé par les chartes générales de Hainaut et la coutume du chef-lieu de Mons, pour signifier *consentir.*

I. On a vu aux mots *Condition de Manbournie*, *Conditionner un héritage*, et *Dévolution coutumière*, §. 2, quelles sont les qualités requises par ces deux lois municipales, pour que les majeurs puissent aliéner leurs biens-fonds. Ceux qui n'ont pas toutes ces qualités, ne sont cependant pas sans ressource ;

Source : BIU Cujas

leurs héritiers présomptifs peuvent *Loer*, c'est-à-dire, approuver les ventes ou autres aliénations qu'ils désireraient faire, et par ce moyen les rendre aussi valables, que si elles étaient faites par des personnes qui jouiraient d'une capacité entière; c'est ce que supposent évidemment ces termes du ch. 24 de la coutume du chef-lieu de Mons : « Ceux qui seront à marier, sans père et mère, suffisamment âgés, comme devant est dit, ou gens mariés et vefvés non ayans enfans, qui ne pourront finir (*venir à bout*) d'avoir le lot de leurs plus prochains hoirs, s'ils veulent leurs héritages de patrimoine vendre.... ».

Les chartes générales de Hainaut semblent, au premier abord, admettre une règle toute différente, par rapport aux biens qu'elles régissent, c'est-à-dire, aux fiefs et francs-aleux. Voici en effet, comment elles s'expliquent, ch. 94, art. 11 : « L'aliénation de fief ou alloet ci-dessus défendue à personne veuve ou mariée, ne sera vaillable, ores que ce fût du gré et par le lot de ses plus proches parens ». — C'est d'après ce texte que Dumées dit en sa *jurisprudence du Hainaut français*, que *la manière d'aliéner par le lot et gré de ses héritiers, n'est point reçue à l'égard des fiefs*. Mais cette interprétation doit être mise au nombre des erreurs dont l'ouvrage de cet auteur est parsemé. Le texte cité suppose un homme veuf ou remarié qui a des enfans d'un mariage précédent; et comme c'est l'intérêt de ces enfans qui motive son incapacité d'aliéner, il décide que leur consentement peut seul lever cette incapacité, et que s'ils sont mineurs, leurs parens collatéraux ne peuvent pas suppléer par leur consentement à celui que la faiblesse de l'âge les empêche de donner valablement: voilà le vrai sens de cet article.

II. Pour qu'un héritier présomptif puisse *Loer*, il faut, suivant la coutume du chef-lieu de Mons, qu'il soit *mis hors de pain* ou émancipé, et qu'il ait atteint l'âge auquel cette coutume fixe la capacité d'aliéner pour les personnes qui ont d'ailleurs toutes les qualités requises. C'est ce que fait entendre très clairement le ch. 8 : « Quand pères, mères ou parastres mettent leurs enfans ou enfans de leurs femmes hors de leur pain, et puis leur font Loer et consentir les vendages des héritages et rentes hypothéqués au droit desdits enfans, tels vendages et lot ne sont vaillables si lesdits enfans ne sont âgés, à savoir, les fils de vingt et un ans, et les filles de dix-huit ans, et suffisamment mis hors de pain ou mariés ».

Si l'héritier présomptif n'a pas l'âge requis par ce texte, il ne peut Loer que *par le su et consentement de deux des plus proximes du côté dont les héritages viendraient*; et il faut en outre une autorisation judiciaire donnée avec connaissance de cause. Le chapitre cité est formel sur ces deux conditions.

Cette disposition nous facilite la réponse à une question assez importante. On vient de voir que les chartes générales ne permettent pas aux mineurs de *Loer*, par l'organe de leurs parens collatéraux, l'aliénation des fiefs et des francs-aleux que leur intérêt a rendus indisponibles entre les mains de leur père veuf ou remarié en secondes nôces : mais le juge ne peut-il pas les y autoriser? La coutume du chef-lieu de Mons ne laisse, comme on le voit, aucun doute sur l'affirmative; et quoique sa disposition soit d'elle-même bornée aux rotures situées dans son ressort, il ne doit point y avoir de difficulté à l'étendre comme raison écrite aux fiefs et aux francs-aleux régis par les chartes générales. Un mineur peut, aux termes de l'art. 4 du chap. 94 de ces dernières lois, aliéner ses propres fiefs ou francs-aleux, pourvu que ce soit *par le su et consentement des deux plus proches parens habiles à lui succéder, et moyennant la remontrance et autorisation* du juge royal. Pourquoi ne pourrait-il pas, avec les mêmes formalités, consentir, sous des conditions avantageuses, à l'aliénation des fiefs et des francs-aleux de son père? Le moins est nécessairement renfermé dans le plus.

III. On dit vulgairement dans le chef-lieu de Mons, que *deux impuissans font un puissant*. Le sens de ce brocard est qu'un héritier présomptif qui n'a pas toutes les qualités requises pour disposer de ses propres biens, peut, étant parvenu à l'âge de dix-huit ou vingt et un ans, suivant son sexe, rendre, par son consentement, la personne à laquelle il doit succéder, capable d'aliéner les siens. Ainsi, les biens d'une femme qui n'a pas d'enfans, peuvent être aliénés par son mari, lorsqu'elle et son héritier présomptif y consentent : ce double consentement rend l'aliénation inattaquable, comme l'a jugé un arrêt du parlement de Flandre, du 20 juin 1777, rendu à la première chambre, au rapport de M. de Warenghien de Flory. François Rousseau et Antoinette Binot sa femme, n'ayant pas d'enfans, avaient vendu à Adrien Rousseau, père du mari, un héritage situé à Gomeignies, village du chef-lieu de Mons, et qui était propre à la femme. La vente avait été faite *du lot, gré et consentement* de Jean-Charles Binot, seul frère de la venderesse, et comme elle incapable d'aliéner, parcequ'il n'avait pas non plus d'enfans. Dans la suite, le nommé Debrayère, héritier de l'un et de l'autre, attaqua cet acte comme nul; il se fondait, entre autres moyens, sur l'incapacité dont la coutume frappe les conjoints sans enfant; mais comme cette incapacité était effacée par le consentement de l'héritier présomptif de la femme, les héritiers de l'acheteur, que je défendais, ont été maintenus par l'arrêt cité dans leur possession. — La même chose avait été jugée auparavant par arrêt du 22 juillet 1720, confirmé en révision le 17 juin 1722, au rapport de M. de Cambronne. Il s'agissait de quelques rotures qui avaient été aliénées par la dame de Sarieux. Cette femme était, aux termes de la coutume, incapable de disposer de ses biens, parcequ'elle avait des enfans d'un mariage précédent : mais comme ces enfans, aussi incapables d'ailleurs que leur mère, avaient consenti à l'alié-

Source : BIU Cujas

nation, l'acquéreur fut maintenu par les deux arrêts.

IV. Lorsque l'héritier présomptif refuse de consentir à la vente que voudrait faire un propriétaire de mainferme pour subvenir à des besoins pressans, ce dernier s'adresse aux maïeur et échevins de la situation; et, en justifiant la nécessité où il se trouve, il obtient d'eux une autorisation qui supplée au consentement de son héritier présomptif. — Remarquez cependant que les maïeur et échevins ne peuvent accorder cette autorisation, qu'après avoir pris *charge d'enquête* (*V.* ces mots), et que le propriétaire doit, à peine de nullité, affirmer, en procédant aux devoirs de loi, *qu'il fait la vente à bonne intention pour mieux faire que laisser*. Tout cela est prescrit formellement par le ch. 24 de la coutume du chef-lieu de Mons.

V. On voit par ces différens détails, que la jurisprudence de Hainaut approche assez sur cette matière de celle d'Artois et de Boulonnais, où l'on ne peut aliéner ses propres que par trois voies, qui sont, le consentement des héritiers présomptifs, le remploi, et la *nécessité jurée*. Nous en parlerons sous ces derniers mots.

[[On verra sous les mêmes mots, §. 7, à quelles époques cette jurisprudence a été abrogée par les lois nouvelles.]]

LOGEMENT DES CURÉS. *V. Presbytère.*

* LOGEMENT DES GENS DE GUERRE. C'est, en parlant des troupes qui marchent ou séjournent en France, le lieu où on les loge, soit dans des casernes, soit chez des bourgeois ou habitans.

L'origine des Logemens et ustensiles de gens de guerre, remonte à Louis XII, comme il paraît par une ordonnance de ce prince, du 20 janvier 1514.

Les successeurs de Louis XII ont porté sur la même matière différentes lois qui ont été étendues, restreintes ou modifiées par le tit. 5 de l'ordonnance du premier mars 1768. (M. Guyot.) *

[[Il est inutile de transcrire ici les dispositions de cette ordonnance, parcequ'elles sont abrogées et remplacées par celles de la loi du 8 juillet 1791, ainsi conçue :

« *Tit.* 5, *art.* 1. Les bâtimens et établissemens militaires dont la remise aura été faite au département de la guerre, ne pourront être affectés qu'au Logement des troupes, des employés attachés à l'administration de la guerre, et à contenir ou conserver les munitions, subsistances ou effets militaires.

» 2. Dans aucune place de guerre, poste militaire ou ville de l'intérieur, les municipalités ne pourront être tenues de fournir ni Logement ni emplacement, ni magasins pour l'usage des troupes, qu'autant que ceux actuellement existans ne seraient pas suffisans.

» 3. Il sera remis aux municipalités de tous les lieux où se trouveront des bâtimens militaires conservés, un état détaillé des Logemens que ces bâtimens renferment, afin que lesdites municipalités puissent toujours connaître si les Logemens qui leur seront demandés, sont proportionnés aux besoins réels du service.

» 4. Dans les places de guerre, postes militaires et villes de garnison habituelle de l'intérieur, il sera fait par les officiers municipaux, un recensement de tous les Logemens et établissemens qu'elles peuvent fournir, sans fouler les habitans, à l'effet d'y avoir recours au besoin et momentanément, soit dans le cas de passage de troupes, soit dans les circonstances extraordinaires, lorsque les établissemens militaires n'y suffiront pas.

» 5. Lorsqu'il y aura nécessité de loger chez les habitans les troupes qui devront tenir garnison, si leur séjour doit s'étendre à la durée d'un mois, les seuls Logemens des sous-officiers et soldats, et les écuries pour les chevaux seront fournis en nature; à l'égard des officiers, ils ne pourront prétendre à des billets de Logement pour plus de trois nuits; et ce terme expiré, ils se logeront de gré à gré chez les habitans, au moyen de la somme qui leur sera payée suivant leur grade, ainsi qu'il sera décrété par l'assemblée nationale.

» 6. Les municipalités veilleront à ce que les habitans n'abusent point, dans le prix des loyers, du besoin de Logement où se trouveront les officiers.

» 7. Toutes les fois qu'il sera pourvu à l'établissement du Logement d'une troupe, excepté le cas de passage, le Logement des sous-officiers et soldats et les fournitures d'écuries pour les chevaux, seront faites au complet et non à l'effectif.

» 8. Faute de bâtimens affectés au Logement des troupes destinées à tenir garnison dans un lieu quelconque, il y sera pourvu, autant que faire se pourra, en établissant lesdites troupes dans les maisons vides et convenables; et il sera en outre fourni aux troupes à cheval, des écuries suffisantes pour leurs chevaux. Ces maisons et écuries seront choisies et louées par les commissaires des guerres, qui seront autorisés à requérir les soins et l'intervention des municipalités pour leur faciliter l'établissement des Logemens dont ils seront chargés. De plus, les agens militaires désignés à cet effet par les règlemens, feront en présence d'un ou de plusieurs officiers municipaux, la reconnaissance des maisons et écuries qui seront louées, afin de constater l'état dans lequel elles se trouveront, afin de pouvoir, au départ des troupes, estimer, s'il y a lieu, les indemnités dues aux propriétaires pour les dégradations qu'auraient éprouvées lesdites maisons et écuries.

» 9. Dans les cas de marches ordinaires, de mouvemens imprévus, et dans tous ceux où il ne pourra être fourni aux troupes des Logemens isolés, tels qu'ils ont été indiqués dans l'art. 8 précédent, les troupes seront logées chez les habitans, sans distinction de personnes, quelles que soient leurs fonctions et leurs qualités, à l'exception des dépositaires de caisses pour le service public, lesquels ne seront point obligés de fournir de Logement

Source : BIU Cujas

dans les maisons qui renferment lesdites caisses, mais seront tenus d'y suppléer, soit en fournissant des Logemens en nature chez d'autres habitans, avec lesquels ils s'arrangeront à cet effet, soit par une contribution proportionnée à leurs facultés, et agréée par les municipalités. La même exception aura lieu, à la même condition, en faveur des veuves et des filles; et les municipalités veilleront a ce que la charge du Logement ne tombe pas toujours sur les mêmes individus, et que chacun y soit soit soumis à son tour.

» 15. Les officiers, dans leur garnison ou résidence, et les employés de l'armée, dans leur résidence, ne logeront point les gens de guerre dans le Logement militaire qui leur sera fourni en nature; et lorsqu'ils recevront leur Logement en argent, ils ne seront tenus à fournir le Logement aux troupes qu'autant que celui qu'ils occuperont excèdera la proportion affectée à leur grade ou à leur emploi. Quant aux officiers en garnison dans le lieu de leur habitation ordinaire, ils seront tenus à fournir le Logement dans leur domicile propre, comme tous les autres habitans ».

V. La Loi du 23 mai 1792, et le règlement qui y est annexé.]]

[[LOI. C'est un acte de la volonté générale, qui, ou commande certaines choses, ou les permet sous des conditions déterminées, ou les défend, soit d'une manière absolue, soit avec des réserves.

A qui appartient le pouvoir de faire des Lois? Comment ce pouvoir s'exerce-t-il? — Tout acte de l'autorité investie de ce pouvoir, est-il une Loi? — Différences et conformités entre les Lois, les sénatus-consultes et les décrets impériaux. — De la promulgation des Lois. — De quelle époque les Lois sont-elles obligatoires? — Quels sont les effets des Lois, quant aux personnes et aux choses? — Les Lois emportent-elles de plein droit la nullité de tout qui est fait contre leurs dispositions? — Les particuliers peuvent-ils déroger aux Lois? — Les Lois peuvent-elles rétroagir, et dans quels cas rétroagissent-elles sur le passé? — Par qui et comment les Lois doivent-elles être interprétées? — De l'abrogation des Lois. — Telles sont les matières que nous nous proposons de traiter dans cet article.

§. I. *A qui appartient le pouvoir de faire des Lois? Mode de l'exercice de ce pouvoir.*

I. Toute aggrégation d'hommes constituée en peuple, est, par cela seul, souveraine. C'est donc à elle qu'il appartient, et il ne peut appartenir qu'à elle, de tracer les règles auxquelles doivent être soumis tous ses membres. Si un corps, si un individu quelconque avait ce droit, il tiendrait nécessairement le peuple dans sa dépendance; le peuple cesserait donc d'être souverain, et cependant la souveraineté du peuple est inaliénable.

Ce n'est pas que le peuple ne puisse déléguer sa puissance législative : il faut bien qu'il la délègue, lorsqu'il est trop nombreux pour l'exercer par lui-même; mais en cela, il ne perd rien de sa souveraineté, puisque ses mandataires ne font des Lois qu'en son nom.

A cet égard, il faut en convenir, les nations peu nombreuses ont sur les grands peuples un précieux avantage. Chez les unes, chaque citoyen peut concourir individuellement à la formation de la Loi. Chez les autres, la réunion de tous les individus est impossible, et il faut que la Loi soit faite par des représentans : tel est effectivement leur usage; et quoique Rousseau (*Contrat Social*, liv. 3, ch. 15), le regarde comme le tombeau de la liberté, quoiqu'il l'attribue à un défaut général de patriotisme, il n'en est pas moins précieux pour ceux qui en jouissent, et désirable pour ceux qui en sont privés. La nature même des choses a rendu cet usage nécessaire; et s'il en résulte quelquefois des inconvéniens, c'est un malheur qui tient à l'imperfection naturelle de tout ce qui sort de la main des hommes. Du reste, ces inconvéniens ne sont pas inévitables; une bonne constitution peut les prévenir, au moins en très grande partie.

Une seule chose pourrait, du premier abord, embarrasser sur l'exercice que le peuple fait ainsi ou par lui-même ou par ses représentans, du pouvoir législatif. C'est de savoir comment, dans l'impossibilité d'obtenir, sur chaque point à régler, une parfaite unanimité de suffrages, on peut parvenir à faire une Loi qui soit l'expression de toutes les volontés. — L'écrivain que nous citions tout à l'heure, va résoudre ce problème :

« Il n'y a qu'une seule Loi (dit-il, liv. 4, ch. 1), qui, par sa nature, exige un consentement unanime : c'est le pacte social; car l'association civile est l'acte du monde le plus volontaire; tout homme étant né libre et maître de lui-même, nul ne peut, sous quelque prétexte que ce puisse être, l'assujettir sans son aveu : décider que le fils d'un esclave naît esclave, c'est décider qu'il ne naît pas homme. — Si donc, lors du pacte social, il s'y trouve des opposans, leur opposition n'invalide pas le contrat; elle empêche seulement qu'ils n'y soient compris; ce sont des étrangers parmi les citoyens. Quand l'état est institué, le consentement est dans la résidence : habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté. — Hors ce contrat primitif, la voix du plus grand nombre oblige toujours tous les autres; c'est une suite du contrat même. Mais on demande comment un homme peut être libre, et forcé de se conformer à des volontés qui ne sont pas les siennes? Comment les opposans sont-ils libres et soumis à des Lois auxquelles ils n'ont pas consenti? — Je réponds que la question est mal posée. Le citoyen consent à toutes les Lois, même à celles qu'on passe malgré lui, et même à celles qui le punissent quand il ose en violer quelqu'une. La volonté constante de tous les membres de l'Etat est la volonté générale; c'est par elle qu'ils sont citoyens et libres. Quand on propose une Loi dans l'assemblée des peuples, ce qu'on leur demande n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme

Source : BIU Cujas

ou non à la volonté générale qui est la leur; chacun, en donnant son suffrage, dit son avis là-dessus; et du calcul des voix se tire la déclaration de la volonté générale. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose, sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimais être la volonté générale, ne l'était pas ».

Ajoutons, ou plutôt (car que peut-on ajouter à un pareil texte, qui ne l'affaiblisse?), concluons du principe de Rousseau, que, dans ce cas même, il y a, en faveur de l'avis dominant, une unanimité médiate. En effet, en adoptant unanimement le contrat social, ou, ce qui est la même chose, en se réunissant par un vœu unanime pour se procurer tous les avantages de la société, les citoyens ont voté unanimement et en général tous les moyens nécessaires pour arriver à ce but. Tant qu'ils adhèrent au contrat social, ils persistent dans le même vœu; car leur adhésion seule prouve qu'ils veulent que la société prospère et se perpétue, et qu'ils le veulent unanimement. Mais chacun d'eux n'est pas le seul juge de ces moyens; il peut se tromper, et par conséquent voter contre sa volonté qui est pour le maintien et la prospérité de l'association; il faut donc que le choix des moyens de rendre cette volonté efficace, soit livré à la pluralité; et dans le fait, tous les votans conviennent d'avance de s'en rapporter toujours à cette pluralité. Le vœu de la majorité se substitue donc, par la nature même des choses, aux droits de l'unanimité; c'est donc ce vœu qui est l'expression de la volonté générale; c'est ce vœu qui est souverain; c'est ce vœu qui constitue la Loi.

II. Mais ce principe, que la Loi ne doit et ne peut être que l'expression de la volonté générale, a-t-il toujours été respecté, a-t-il toujours été reconnu en France?

Il l'était, du moins à beaucoup d'égards, sous les deux premières races de nos rois. Le pouvoir législatif résidait alors dans un corps qui était présidé par le roi, et qui était composé des prélats, et des ducs ou comtes, que l'on a depuis appelés *seigneurs*.

C'était un reste des usages des Germains, chez qui, selon Tacite, les princes délibéraient sur les petites choses, et la nation sur les grandes. *De minoribus principes consultant, de majoribus omnes.* On pouvait même, suivant cet auteur, porter devant l'assemblée de la nation la connaissance des crimes capitaux: *Licet apud concilium accusare et discrimen capitis intendere.*

Ces usages se conservèrent chez les Francs après la conquête des Gaules. Nous voyons que dès le temps de Clovis, les grands du royaume s'assemblaient chaque année dans un champ qu'on appelait le *Champ de Mars*, parceque ces diètes se tenaient au commencement du mois de mars. Ces assemblées avaient plusieurs objets: on y faisait la revue des troupes; on y délibérait de la guerre et de la paix; on y travaillait à la réformation des abus du gouvernement, de la justice et des finances. C'était là qu'on donnait des tuteurs aux rois mineurs; qu'on faisait entre les enfans du monarque défunt, le partage de ses trésors et de ses Etats; qu'on déterminait le jour et le lieu pour l'inauguration du prince successeur au trône; qu'on instruisait le procès des grands criminels. (L'abbé Vély, hist. de France, tom. 1.)

Le roi, en présidant ces assemblées, était accompagné des grands officiers de la couronne, du maire du palais, de l'apocrisiaire ou aumônier, du grand échanson et du référendaire ou chancelier. Il proposait ou faisait proposer par le maire de son palais les questions qu'on devait examiner: la pluralité des voix emportait la décision. Ce que la diète avait prononcé, devenait Loi de l'Etat. (*Ibid.*) Donnons-en des exemples.

A la tête de la Loi des Allemands, on lit qu'elle a été rédigée, du temps de Clotaire, par ce roi, trente évêques, trente-quatre ducs, soixante-dix comtes, et le reste du peuple. *Lex Alamannorum quæ temporibus Claudarii regis cum principibus suis, id sunt* 30 *episcopis et* 34 *ducibus, et* 70 *comitibus, constituta est.* (*Alamannic. antiquit. tom.* 2, *page* 11.)

Childebert, dans un décret sur la justice et sur la police générale du royaume, dit qu'il a fait ces constitutions avec les grands de l'Etat: *una cum nostris optimatibus pertractavimus;* et que ces choses ont été réglées par lui et par ses leudes. (*Decreta Childeberti regis, cap. tom.* 1, *pag.* 8.)

Clotaire II, dans un édit de l'an 615, déclare que cette Loi a été délibérée et arrêtée par lui, par les évêques, par les grands, les principaux seigneurs de la nation, et les fidèles ou vassaux de la couronne. *Hanc deliberationem quam cum pontificibus vel cum magnis viris, optimatibus aut fidelibus nostris, in synodali concilio instituimus.* (*Capit. tom.* 1, *pag.* 22 *et seq.*)

Le roi lui-même était, pour ses actions privées, soumis aux décisions de la diète. Chilperic I, roi de Soissons, infidèle au serment qu'il avait fait, en épousant Gualsuinde, fille du roi des Visigoths, avait laissé rallumer dans son cœur des feux illégitimes; la reine s'en plaignit dans une assemblée des États, et on obligea le roi de jurer qu'il remplirait ses engagemens. (L'abbé Vély, *loc. cit.*)

Sous la seconde race, les assemblées générales qui avaient été interrompues par la tyrannie de quelques maires du palais, furent rétablies. Elles commencèrent sous Pépin-le-Bref à se tenir au mois de mai, et elles furent pour cette raison nommées *les assemblées du mois de mai.*

Charlemagne, qui était si puissant, ne laissa point de les continuer. C'est là qu'il fit ces ordonnances si célèbres que l'on appela *capitulaires*, parcequ'elles avaient été faites dans les assemblées ou *chapitres* généraux des grands du royaume.

Au mois de mars 779, ce prince publia un capitulaire concernant la discipline ecclésiastique, les juges, les impôts, la sûreté publique, et auquel

Source : BIU Cujas

les évêques, les abbés et les comtes, assemblés avec leur très pieux seigneur, avaient donné leur consentement: *Qualiter congregatis in unum synodali concilio episcopis, abbatibus virisque illustribus comitibus, unà cum piissimo domino nostro consenserunt.* (*Capit. tom.* 1, *pag.* 595.)

Le même empereur forma un capitulaire de vingt chapitres de la Loi salique, de la Loi romaine et de la Loi gombette, par l'avis et du consentement des évêques, abbés, comtes, ducs et autres qu'il avait assemblés dans son palais à Aix-la-Chapelle: *Cum consensu et concilio constituit.* (*Ibid.* pag. 505.)

Nous pourrions citer encore la publication solennelle faite à Paris dans une de ces assemblées qu'on appelait *mallum publicum*, de plusieurs chapitres ajoutés par Charlemagne à la Loi salique. Le comte Etienne les fit lire dans cette assemblée en présence des échevins; et ceux-ci, avec les évêques, les abbés et les comtes, y donnèrent leur consentement, promirent de les observer, et les signèrent tous de leur propre main. *Anno tertio clementissimi domini nostri Caroli Augusti, sub ipso anno, hæc facta capitula sunt, et consignata Stephano comiti, ut hæc manifesta faceret in civitate Parisiis in mallo publico, et illa legere faceret coram scabineis. Quod ita et fecit, et omnes in uno consenserunt, quòd ipsi voluissent omni tempore observare usque in posterum etiam omnes scabini, episcopi, abbates, comites manu propriâ subtersignaverunt.* (*Ibid. pag.* 391.)

L'usage de porter les Lois dans la forme qu'on vient de retracer, ne perdit rien de sa force sous Louis-le-Débonnaire. Il durait encore sous Charles-le-Chauve. Il est même dit expressément dans l'art. 6 du capitulaire fait sous ce prince en 864, qu'il faut, pour porter une Loi, le concours du consentement de la nation et de la sanction du roi. *Lex consensu populi fit et constitutione regis.*

« Telles sont (disait encore Charles-le-Chauve, à la fin d'une de ses ordonnances), telles sont les capitulaires de notre père, que les Français ont jugé à propos de reconnaître pour Loi, et que nos fidèles ont résolu dans une assemblée générale d'observer en tous temps ».

La suite des rois de la seconde race n'offre que confusion, anarchie et violences. Le système féodal s'affermit plus que jamais, les grands vassaux usurpent toute l'autorité, et la majesté royale n'est plus qu'un vain titre.

Que d'efforts et de politique il a fallu à Hugues-Capet et à ses premiers successeurs pour se ressaisir de la puissance attachée au sceptre! Mais, chose étonnante, avec infiniment moins de ressources que n'en avaient eues Clovis et Charlemagne, ils parvinrent insensiblement à un degré de souveraineté que n'avaient jamais atteint ces deux princes. Comment donc s'est opérée une révolution aussi surprenante? C'est ce qu'il faut expliquer.

III. La France était alors divisée en *pays du domaine du roi*, et en ce qu'on appelait *pays de barons*, ou en *baronnies*, et pour nous servir des termes des établissemens de saint Louis, en *pays de l'obéissance-le-roi*, et en *pays hors de l'obéissance-le-roi* (1).

L'habitude où les peuples avaient été sous la seconde race, dans chaque grand fief, de se soumettre aux ordres absolus du baron qui en avait la propriété, fit que Hugues-Capet, en montant sur le trône, exerça sans partage, comme sans contradiction, la puissance souveraine sur les provinces qu'il avait possédées auparavant comme duc et comte.

Aussi quand ce prince et ses successeurs faisaient des ordonnances pour les pays de leurs domaines, ils n'employaient que leur seule autorité.

Il en était autrement dans les terres possédées par les feudataires de la couronne. Le roi n'y était considéré que comme seigneur dominant: le royaume n'était, à leur égard, qu'un grand fief; et aux marques de l'autorité royale que l'on y a depuis vu briller de toutes parts, était substitué un simple droit seigneurial.

On conçoit bien par-là que le roi ne pouvait alors rien ordonner de lui-même dans les terres de ses vassaux: seulement il tenait ses assemblées générales ou *cours plénières* où les pairs et barons siégeaient avec lui. Mais ces assemblées n'étaient plus, comme sous les deux premières races, représentatives des deux premiers ordres de la nation, le clergé et la noblesse: les pairs et les barons n'y intervenaient que pour leurs propres intérêts; et le congrès qu'ils formaient, n'était dans la vérité qu'un *placité* (2) ou *parlement* (3) féodal.

De là vient la différence qu'il y avait alors, relativement à la législation, entre les domaines du roi et ceux des grands vassaux. On a déjà dit, que dans les premiers, la seule volonté du monarque faisait les Lois. Mais pour les seconds, ses ordonnances n'y avaient lieu qu'autant que les seigneurs à qui ils appartenaient, les avaient souscrites, ou qu'ils trouvaient à propos de les recevoir. C'est ce que prouvent les ordonnances de Philippe-Auguste sur les fiefs et sur la juridiction ecclésiastique, celle de Louis VIII sur les Juifs, et les chartes rapportées par Brussel (tom. 2, liv. 3, pag. 35.), notamment celles de saint Louis sur le bail et le rachat des terres et la majorité féodale des filles.

Il y a plus: les arrière-vassaux étaient dans les mêmes termes avec les grands vassaux. Par exemple, les établissemens de saint Louis n'avaient pas été donnés du consentement des seigneurs, quoiqu'ils statuassent sur des choses qui étaient pour eux d'une

(1) Beaumanoir, Défontaines, et les établissemens de de St. Louis, Liv. 2, chap. 10, 11, 15 et autres. *V. Bar.*

(2) Les épîtres de Fulbert prouvent que, sous le roi Robert, fils de Hugues-Capet, les séances judiciaires étaient encore qualifiées de *Placités*.

(3) On ne voit pas que le mot *parlement* ait été employé dans le langage vulgaire avant Louis-le-Jeune.

Source : BIU Cujas

grande importance : ainsi, ils ne furent reçus que par ceux qui crurent qu'il leur était avantageux de les recevoir. Robert, fils de saint Louis, les admit dans son comté de Clermont; mais ses vassaux ne crurent pas qu'il leur convînt de les faire pratiquer chez eux. (Montesquieu, liv. 28, ch. 29.)

Peu à peu, la différence des domaines du roi d'avec ceux des seigneurs, par rapport à la législation, s'éclipsa; et l'on tint pour maxime que les ordonnances émanées du trône devaient faire Loi dans toute l'étendue de la monarchie.

Une innovation aussi frappante n'a pas été l'effet d'une seule cause, et l'on pourrait peut-être porter fort loin l'énumération des circonstances qui y ont concouru : nous les réduisons à six.

1° L'exemple de ce qui se pratiquait dans les domaines du roi, a dû influer puissamment dans ceux des barons. On voyait les ordonnances du roi exécutées dans ses domaines, sans que les sujets ni les seigneurs eussent concouru à les former. Ces ordonnances étaient sages, et n'avaient pour objet que le bonheur des peuples. On les adopta d'abord par convenance, et insensiblement la convenance se changea en obligation.

C'est ce qu'on remarque sur-tout par rapport aux établissemens de saint Louis. Ce prince frappé des abus de la jurisprudence de son temps, chercha à en dégoûter les peuples : il fit plusieurs règlemens pour les tribunaux de ses domaines, et pour ceux de ses barons; et il eut un tel succès que Beaumanoir, qui écrivait très peu de temps après la mort de ce prince, nous dit, ch. 61, que la manière de juger établie par saint Louis, était pratiquée dans un grand nombre de cours des seigneurs.

Ainsi, ce prince remplit son objet, quoique ses règlemens pour les tribunaux des seigneurs n'eussent pas été faits pour être une Loi générale du royaume, mais comme un exemple que chacun pourrait suivre, et auquel même chacun aurait intérêt de se conformer. Il ôta le mal en faisant sentir le meilleur. Quand on vit dans ses tribunaux, quand on vit dans ceux des seigneurs qui l'avaient imité, une manière de procéder plus naturelle, plus raisonnable, plus conforme à la saine morale, à la religion, à la tranquillité publique, à la sûreté des personnes et des biens, on la prit, et on abandonna l'autre.

Inviter quand il ne faut pas contraindre, conduire quand il ne faut pas commander, c'est l'habileté suprême, dit Montesquieu. La raison a un empire naturel; elle a même un empire tyrannique : on lui résiste, mais cette résistance est son triomphe; encore un peu de temps, et l'on sera forcé de revenir à elle.

2° Une autre cause qui contribua beaucoup à l'extension universelle de la souveraineté de nos rois, fut l'établissement des juges royaux dans les provinces.

La première tentative que firent nos rois pour ne pas laisser les seigneurs maîtres absolus dans leurs provinces, fut d'y envoyer des commissaires, à l'instar des *missi dominici*, que l'on députait sous la première et sous la seconde race, mais avec cette différence que ceux-ci étaient envoyés par le roi pour inspecter ses propres juges, au lieu que les premiers allaient inspecter les seigneurs qui s'étaient emparés de la justice royale. Ces nouveaux commissaires, que l'on appela *juges des exempts*, devaient tenir en respect les seigneurs, éclairer de près leurs actions, recevoir les plaintes que les sujets formaient contre eux ou leurs officiers, et vider sommairement ces plaintes, si faire se pouvait, sinon les renvoyer aux grandes assises du roi. Cet établissement à jamais mémorable, fut l'ouvrage des quatre frères Garlandes et de l'abbé Suger, ministre de Louis-le-Gros. A la vérité, il éprouva des contradictions de la part d'un grand nombre de seigneurs; mais c'était déjà beaucoup que d'en avoir formé l'entreprise, et de n'avoir pas échoué par-tout.

3° A l'usage d'envoyer dans les provinces les commissaires dont on vient de parler, succéda la création de grands bailliages, dans les villes qui se trouvaient réunies au domaine, et qui n'étaient alors que quatre, *toutes les autres villes et bailliages de France appartenant aux ducs et aux comtes.* Ces quatre grands bailliages étaient Vermandois, Sens, Mâcon, et Saint-Pierre-le-Moustier. Une fois les grands baillis créés, on songea à les employer de manière à pouvoir attirer à eux la connaissance de quelques affaires des villes des seigneurs; et dans cette vue, on imagina les *cas royaux*, c'est-à-dire, les cas qui intéressaient le roi; car on ne pensait pas encore à ceux qui regardaient le public. Le motif de cet établissement fut que, comme il arrivait souvent dans les terres des seigneurs, certains cas où le roi avait intérêt, il n'était pas raisonnable que le roi demandât justice à ses sujets ou vassaux, et qu'il était naturel que ses juges en prissent connaissance. — On comprend aisément que ces cas royaux devaient s'étendre plus ou moins, suivant le plus ou le moins de puissance des seigneurs; qu'on tentait davantage sur les plus faibles, et qu'on prenait patience avec les plus opiniâtres. — Dès que le roi avait réuni quelque ville au domaine, la justice de ce domaine devenait celle du roi, et aussitôt on créait un nouveau bailli qui attirait, par l'attribution des cas royaux, le plus de causes qu'il pouvait du tribunal des seigneurs voisins. Nous avons un édit de 1190, par lequel Philippe-Auguste, devenu plus grand terrier que ses prédécesseurs, établit des baillis dans toutes les principales villes.

4° Ce n'était pas assez d'avoir diminué la puissance des seigneurs, en leur enlevant la connaissance de plusieurs affaires qu'on rangeait dans la classe des cas royaux; on parvint encore à rendre les officiers du roi juges d'appel des sentences rendues par les officiers des seigneurs, et cette voie était plus sûre que l'autre pour diminuer l'autorité

Source : BIU Cujas

des seigneurs : les cas royaux ne pouvaient pas embrasser tout, l'appel au contraire était général ; et l'on sent qu'un juge dont les sentences peuvent être réformées, perd beaucoup de son pouvoir, tandis que le juge qui a le droit de connaître du bien ou du mal jugé, possède la véritable autorité.

Le premier prétexte dont on se servit pour introduire l'usage des appels, fut la *défaute de droit*. Les hauts-seigneurs refusaient-ils justice ? on se pourvoyait à la cour du roi, *per viam querelæ*. Les hauts-seigneurs jugeaient-ils contre la Loi des fiefs ? Autre cas d'appel ; et ce second cas devait s'étendre fort loin, puisque tout homme qui perdait son procès ne manquait pas de dire qu'on l'avait jugé contre la Loi.

5° Mais ce n'était rien en comparaison de ce qui restait à faire, que d'avoir fait de l'appel une voie de droit commun : les juges de cet appel, quand il était porté au parlement, étaient les *barons*, c'est-à-dire, les despotes même sans le concours desquels on prétendait que le roi ne pouvait rien ordonner dans leurs terres ; il n'était pas aisé sans doute de faire réformer par de tels juges, les sentences qui ne contrevenaient qu'aux Lois du prince. La politique demandait donc qu'on fermât l'entrée du parlement à ces seigneurs.

On sait comment ce grand ouvrage, préparé par Philippe-le-Bel, fut achevé par ses successeurs ; comment le nom fut conservé et la chose totalement changée ; comment on introduisit dans le parlement des clercs et des légistes ; comment ces clercs et ces légistes, hérissés de formes et de textes qu'ils avaient puisés dans les décrétales des papes et dans les compilations de Justinien, parvinrent à dégoûter des séances judiciaires, des barons qui ne savaient pas lire ; comment les rois en vinrent à ne mettre aucun baron sur le rôle de ceux qui devaient tenir le parlement, et à ne donner des gages qu'à ceux qui étaient sur le rôle ; comment ils formèrent pendant long-temps le parlement à leur gré, en envoyant tous les ans le rôle de ceux qui devaient faire le service ; comment, enfin, en conférant par la suite les places à vie, et en les rendant après cela héréditaires, ils consommèrent irrévocablement l'exclusion des hauts seigneurs du droit d'occuper ces mêmes places sans mission particulière.

Ce fut alors sur-tout que la souveraineté reposa sur une base solide. Par le moyen du ressort de toutes les justices seigneuriales au parlement, la puissance législative était ôtée indirectement aux seigneurs et transportée dans la main du roi, parceque le parlement, en jugeant les procès, ne suivait et n'approuvait d'autres ordonnances que celles du prince.

6° Mais ce qui a achevé d'élever à son vrai point de perfection l'autorité de nos rois, ce sont les réunions successives des grands fiefs au domaine de la couronne.

On sent en effet que ces réunions, chef-d'œuvre de la politique de nos rois, durent assimiler les nouveaux domaines aux anciens ; et que comme dans ceux-ci la puissance souveraine ne connaissait aucun partage, il en dut être de même dans ceux-là.

C'est ainsi que le gouvernement français, *d'aristocratique* qu'il était sous les deux premières races (par le moyen du concours des grands à la formation des lois et au règlement de tout ce qui intéressait le plus l'État), est devenu *monarchique* dans toute l'étendue de ce terme, et que le renversement du système féodal qui, dans l'origine, avait porté des atteintes si violentes à l'autorité royale, fut le germe d'une puissance inconnue jusqu'alors dans l'État.

Je ne sais si cette observation est neuve, mais elle ne s'accorde guère avec les idées de la plupart des publicistes que j'ai lus. Le président Hénault, entr'autres, ne voit dans l'abolition de l'anarchie féodale, que le rétablissement de la véritable monarchie : après avoir parlé de quelques usages que la féodalité avait introduits et qui subsistaient dans toute leur force au commencement de la troisième race, il ajoute : « Il faut convenir que de tels usages ne sont guères conformes aux idées que nous nous sommes faites d'un état monarchique ; il fallait bien de la prudence et de la suite pour rétablir les choses en l'état où elles étaient du temps de Charlemagne. »

Assurément, du temps de Charlemagne, le gouvernement n'était pas monarchique, puisque la puissance législative était partagée entre le roi et la nation. *Lex consensu populi fit et constitutione regis.* Ce sont les termes d'un capitulaire que nous avons déjà cité. Le président Hénault, et tous ceux qui ont écrit ou pensé comme lui, se sont donc évidemment trompés.

Je sais bien qu'on a quelquefois prétendu que la nation avait encore le même droit de prendre part à la formation des Lois, que sous Charlemagne et ses premiers successeurs ; qu'elle exerçait ce droit par le ministère des états-généraux, lorsqu'ils étaient assemblés, et hors ce cas, par l'organe des parlemens qui en étaient les représentans *stables et inamovibles.* — Je sais même que ces assertions ont été adoptées et soutenues par les premiers États de Blois en 1577 ; je sais que l'*instruction* des députés de ces États, qui se trouve dans le tome premier des *Mémoires de Nevers*, pag. 449, établit comme maxime constante, que les États doivent participer à la législation ; « d'où vient (ajoute cette instruction), qu'il faut que tous les édits soient vérifiés et contrôlés ès cours de parlement, lesquelles, combien qu'elles ne soient qu'une forme des trois États raccourcis au petit pied, ont pouvoir de suspendre, modifier et refuser lesdits édits ». — Je sais enfin qu'on a quelquefois vu les cours souveraines, agissant en conséquence de ces principes, opposer à la volonté législative de nos rois, une résistance formelle, et suspendre par leurs arrêts, l'exécution des ordonnances qu'elles avaient été contraintes d'enregistrer.

Mais je sais aussi, et tout le monde sait comme

Source : BIU Cujas

moi, que ce n'étaient là que des prétentions ; que si, dans des circonstances orageuses, elles ont quelquefois éclipsé ou balancé la puissance législative du monarque, elles ont toujours, dans les temps calmes, échoué devant elle ; et que cette puissance était, à proprement parler, absolue, lorsque Louis XVI convoqua en 1789 les états-généraux.

IV. Cette assemblée, infiniment plus éclairée et par suite beaucoup plus forte, plus courageuse, que toutes celles qui l'avaient précédée, se hâta de se ressaisir de l'autorité que les *Champs de Mars* et de *Mai* avaient exercée sous les deux premières dynasties.

Dès le 26 août 1789, elle proclama, par l'art. 6 de sa *déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, le grand principe que *la Loi est l'expression de la volonté générale ;* que *tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentans, à sa formation.*

Le premier octobre suivant, elle présenta au roi, et le roi accepta le 5 du même mois, des articles organiques de ce principe. Voici dans quels termes ils étaient conçus :

« 1. Tous les pouvoirs émanent essentiellement de la nation, et ne peuvent émaner que d'elle.

» 2. Le gouvernement français est monarchique ; il n'y a point en France d'autorité supérieure à la Loi ; le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'en vertu des Lois qu'il peut exiger l'obéissance.

» 8. Le pouvoir législatif réside dans l'assemblée nationale, qui l'exercera ainsi qu'il suit.

» 9 Aucun acte du corps législatif ne pourra être considéré comme Loi, s'il n'est fait par les représentans de la nation, librement et légalement élus ; et s'il n'est sanctionné par le monarque.

» 10. Le roi peut refuser son consentement aux actes du corps législatif.

» 11. Dans le cas où le roi refusera son consentement, ce refus ne sera que suspensif.

» 12. Le refus suspensif du roi cessera à la seconde des législatures qui suivront celle qui aura proposé la Loi.

» 13. Le roi peut inviter l'assemblée nationale à prendre un objet en considération ; mais la proposition des Lois appartient exclusivement aux représentans de la nation..... »

V. Ces dispositions furent exécutées jusqu'au 10 août 1792 : à cette époque, le trône fût renversé ; et l'assemblée nationale restant seule pour exercer le pouvoir législatif, l'exerça en effet dans toute sa plénitude.

La convention nationale, qui la remplaça le 21 septembre suivant, fit plus encore : non seulement elle exerça le pouvoir législatif le plus absolu ; mais elle le délégua dans plusieurs occasions, à quelques uns de ses membres. *V. Arrêté.*

Elle finit cependant par reconnaître combien d'abus, de dangers, d'inconvéniens de toute espèce, pouvaient résulter d'un pareil ordre de choses ; et elle chercha à y remédier par les articles suivans de la constitution du 5 fructidor an 3.

« 44. Le corps législatif est composé d'un conseil des anciens et d'un conseil des cinq-cents.

» 45. En aucun cas, le corps législatif ne peut déléguer à un, ou plusieurs de ses membres, ni à qui que ce soit, aucune des fonctions qui lui sont attribuées par la présente constitution.

» 49. Chaque département concourt, à raison de sa population seulement, à la nomination des membres du conseil des anciens et des membres du conseil des cinq-cents.

» 59. Le corps législatif est permanent : il peut néanmoins s'ajourner à des termes qu'il désigne.

» 60. En aucun cas, les deux conseils ne peuvent se réunir dans une même salle.

» 76. La proposition des lois appartient exclusivement au conseil des cinq-cents.

» 77. Aucune proposition ne peut être délibérée ni résolue dans le conseil des cinq-cents, qu'en observant les formes suivantes. — Il se fait trois lectures de la proposition ; l'intervalle entre deux de ces lectures ne peut être moindre de dix jours. — La discussion est ouverte après chaque lecture, et néanmoins, après la première ou la seconde, le conseil des cinq-cents peut déclarer qu'il y a lieu à l'ajournement, ou qu'il n'y a pas lieu à délibérer. — Toute proposition doit être imprimée et distribuée deux jours avant la seconde lecture. — Après la troisième lecture, le conseil des cinq-cents décide s'il y a lieu ou non à l'ajournement.

» 78. Toute proposition qui, soumise à la discussion, a été définitivement rejetée après la troisième lecture, ne peut être reproduite qu'après une année révolue.

» 79. Les propositions adoptées par le conseil des cinq-cents, s'appellent résolutions.

» 80. Le préambule de toute résolution énonce, 1° les dates des séances auxquelles les trois lectures de la proposition auront été faites ; 2° l'acte par lequel il a été déclaré, après la troisième lecture, qu'il n'y a pas lieu à l'ajournement.

» 86. Il appartient exclusivement au conseil des anciens d'approuver ou de rejeter les résolutions du conseil des cinq-cents.

» 87. Aussitôt qu'une résolution du conseil des cinq-cents est parvenue au conseil des anciens, le président donne lecture du préambule.

» 88. Le conseil des anciens refuse d'approuver les résolutions du conseil des cinq-cents qui n'ont point été prises dans les formes prescrites par la constitution.

» 89. Si la proposition a été déclarée urgente par le conseil des cinq-cents, le conseil des anciens délibère pour approuver ou rejeter l'acte d'urgence.

» 90. Si le conseil des anciens rejette l'acte d'urgence, il ne délibère point sur le fond de la résolution.

» 91. Si la résolution n'est pas précédée d'un acte d'urgence, il en est fait trois lectures : l'intervalle entre deux de ces lectures ne peut être

Source : BIU Cujas

moindre de cinq jours. — La discussion est ouverte après chaque lecture. — Toute résolution est imprimée et distribuée deux jours au moins avant la seconde lecture.

» 92. Les résolutions du conseil des cinq-cents, adoptées par le conseil des anciens, s'appellent Lois.

» 93. Le préambule des Lois énonce les dates des séances du conseil des anciens auxquelles les trois lectures ont été faites.

» 94. Le décret par lequel le conseil des anciens reconnaît l'urgence d'une loi, est motivé et mentionné dans le préambule de cette Loi.

» 95. La proposition de la Loi, faite par le conseil des cinq-cents, s'entend de tous les articles d'un même projet : le conseil des anciens doit les rejeter tous, ou les approuver dans leur ensemble.

» 96. L'approbation du conseil des anciens, est exprimée sur chaque proposition de Loi, par cette formule, signée du président et des secrétaires : *Le conseil des anciens approuve.....*

» 97. Le refus d'adopter pour cause d'omission des formes indiquées dans l'art. 77, est exprimé par cette formule, signée du président et des secrétaires : *La Constitution annulle.....*

» 98. Le refus d'approuver le fond de la loi proposée, est exprimé par cette formule, signée du président et des secrétaires : *Le conseil des anciens ne peut adopter.....*

» 99. Dans le cas du présent article, le projet de Loi rejeté ne peut plus être présenté par le conseil des cinq-cents qu'après une année révolue.

» 100. Le conseil des cinq-cents peut néanmoins présenter, à quelque époque que ce soit, un projet de Loi qui contienne des articles faisant partie d'un projet qui a été rejeté.

» 101. Le conseil des anciens envoie dans le jour les Lois qu'il a adoptées, tant au conseil des cinq-cents qu'au directoire exécutif.

» 162. Le directoire est tenu, chaque année, de présenter par écrit, à l'un et à l'autre conseil, l'aperçu des dépenses, la situation des finances, l'état des pensions existantes, ainsi que le projet de celles qu'il croit convenable d'établir. — Il doit indiquer les abus qui sont à sa connaissance ».

VI. Ces règles que leurs auteurs avaient regardées comme la sauvegarde la plus assurée contre les abus qu'elles tendaient à prévenir, ne résistèrent pas au vice essentiel de la constitution dont elles faisaient partie. A côté de deux conseils législatifs dont rien ne restreignait l'autorité, lorsqu'ils étaient d'accord, on n'avait placé qu'un gouvernement sans force : et bientôt sa faiblesse constitutionnelle amena l'évènement que tous les bons esprits avaient prévu dès le principe : les deux conseils furent dissous avec lui le 19 brumaire an 8.

Avant de se séparer, et en attendant une nouvelle organisation sociale, ils nommèrent, le même jour, une *commission consulaire exécutive*, qu'ils investirent *de la plénitude du pouvoir directorial*, et deux *commissions législatives*, composées chacune de vingt-cinq membres, qu'ils autorisèrent à statuer, « avec la proposition formelle et nécessaire de la commission consulaire exécutive, sur tous les objets urgens de police, de législation et de finances ». Ils ajoutèrent que celle de ces deux dernières commissions qui serait nommée par le conseil des cinq-cents, exercerait l'*initiative*, et que celle qui le serait par le conseil des anciens, aurait l'*approbation*.

VII. Cet ordre de choses subsista jusqu'au 4 nivose de la même année. A cette époque, la constitution qui avait été arrêtée dès le 22 frimaire précédent, a été mise en activité ; et voici de quelle manière, profitant des fautes des constitutions précédentes, elle a organisé le pouvoir législatif.

« *Art.* 25. Il ne sera promulgué de Lois nouvelles, que lorsque le projet en aura été proposé par le gouvernement, communiqué au tribunat, et décrété par le corps législatif.

» 26. Les projets que le gouvernement propose, sont rédigés en articles. En tout état de la discussion de ces projets, le gouvernement peut les retirer ; il peut les reproduire modifiés.

» 28. Le tribunat discute les projets de Loi ; il en vote l'adoption ou le rejet. Il envoie trois orateurs pris dans son sein, par lesquels les motifs du vœu qu'il a exprimé sur chacun de ces projets, sont exposés et défendus devant le corps législatif. — Il défère au sénat, pour cause d'inconstitutionnalité seulement, les listes d'éligibles, les actes du corps législatif et ceux du gouvernement.

» 34. Le corps législatif fait la Loi en statuant par scrutin secret, et sans aucune discussion de la part de ses membres, sur les projets de Loi débattus devant lui par les orateurs du tribunat et du gouvernement.

» 52. Sous la direction des consuls, le conseil d'état est chargé de rédiger les projets de Loi et les règlemens d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative.

» 53. C'est parmi les membres du conseil d'état que sont toujours pris les orateurs chargés de porter la parole au nom du gouvernement devant le corps législatif. — Ces orateurs ne sont jamais envoyés au nombre de plus de trois, pour la défense d'un même projet de Loi ».

Ces dispositions, purement élémentaires, appelaient une Loi organique ; elle a été faite, en ces termes, le 19 nivose an 8 :

« *Art.* 1. Quand le gouvernement a arrêté qu'un projet de Loi sera proposé, il en prévient le corps législatif.

» 2. Le gouvernement indique le jour auquel il croit que doit être ouverte la discussion sur le projet de Loi.

» 3. Après qu'un orateur du conseil d'état a lu au corps législatif le projet de Loi, et en a exposé les

Source : BIU Cujas

motifs, il en dépose sur le bureau trois expéditions.

» 4. Sur l'une de ces expéditions, mention est faite de la proposition de la Loi ; et elle est remise, signée du président et des secrétaires, à l'orateur ou aux orateurs du gouvernement.

» 5. Une des autres expéditions est déposée aux archives du corps législatif.

» 6. La troisième expédition est adressée, sans délai, par le corps législatif, au tribunat.

» 7. Au jour indiqué par le gouvernement, le tribunat envoie au corps législatif ses orateurs, pour faire connaître son vœu sur la proposition de Loi.

» 8. Si, au jour indiqué, le tribunat demande une prorogation de délai, le corps législatif, après avoir entendu l'orateur ou les orateurs du gouvernement, prononce s'il y a lieu ou non à la prorogation demandée.

» 9. Si le corps législatif décide qu'il y a lieu à prorogation, le gouvernement propose un nouveau délai.

» 10. Si le corps législatif décide qu'il n'y a pas lieu à prorogation, la discussion est ouverte.

» 11. Si le tribunat ne fait pas connaître son vœu sur le projet de Loi, il est censé en consentir la proposition.

» 12. Le bureau du corps législatif ne peut fermer la discussion, ni sur les propositions de Loi, ni sur les demandes de nouveau délai, qu'après que chacun des orateurs du gouvernement ou du tribunat aura été entendu au moins une fois, s'il le demande.

» 13. Pour mettre le gouvernement en état de délibérer s'il y a lieu ou non à retirer le projet de Loi, les orateurs du gouvernement peuvent toujours demander l'ajournement; et l'ajournement ne peut leur être refusé.

» 14. Le corps législatif vote, dans tous les cas, de la manière suivante : deux urnes sont placées sur le bureau; un secrétaire fait l'appel nominal des votans : à mesure qu'ils se présentent au bureau, un autre secrétaire remet à chacun une boule blanche destinée à exprimer le *oui*, et une boule noire destinée à exprimer le *non* : une des urnes seulement est destinée à recevoir les votes ; dans l'autre sont jetées les boules inutiles. Quand l'appel est achevé, les secrétaires ouvrent, à la vue de l'assemblée, l'urne du scrutin, et font le compte des voix ; le président proclame le résultat ».

VIII. A ces dispositions, le sénatus-consulte du 28 floréal an 12 en ajoute d'autres, qui les expliquent par rapport au sénat, et les modifient quant au tribunat et au corps législatif.

Voici ce qu'il porte, relativement au sénat :

« *Art.* 69. Les projets de Loi décrétés par le corps législatif, sont transmis le jour même de leur adoption, au sénat, et déposés dans ses archives.

» 70. Tout décret rendu par le corps législatif, peut être dénoncé au sénat par un sénateur, 1° comme tendant au rétablissement du régime féodal; 2° comme contraire à l'irrévocabilité des ventes des domaines nationaux ; 3° comme n'ayant pas été délibéré dans les formes prescrites par les constitutions de l'Empire, les règlemens et les Lois ; 4° comme portant atteinte aux prérogatives de la dignité impériale et à celles du sénat.....

» 71. Le sénat, dans les six jours qui suivent l'adoption du projet de Loi, délibérant sur le rapport d'une commission spéciale, et après avoir entendu trois lectures du décret, dans trois séances tenues à des jours différens, peut exprimer l'opinion *qu'il n'y a pas lieu à promulguer la Loi.* — Le président porte à l'Empereur la délibération motivée du sénat.

» 72. L'Empereur, après avoir entendu le conseil d'état, ou déclare par un décret son adhésion à la délibération du sénat, ou fait promulguer la Loi.

» 73. Toute Loi dont la promulgation, dans cette circonstance, n'a pas été faite avant l'expiration du délai de dix jours, ne peut plus être promulguée, si elle n'a été de nouveau délibérée et adoptée par le corps législatif ».

Les dispositions du même sénatus-consulte qui sont relatives à la manière dont le corps législatif concourt à la formation de la Loi, sont rapportées sous les mots *Corps législatif.*

Quant à celles qui concernent le tribunat, voici comment elles sont conçues :

« *Art.* 93. Le tribunat est divisé en trois sections, savoir, — Section de la législation, — Section de l'intérieur, — Section des finances.

» 94. Chaque section forme une liste de trois de ses membres, parmi lesquels le président du tribunat désigne le président de la section. — Les fonctions de président de section durent un an.

» 95. Lorsque les sections respectives du conseil d'état et du tribunat demandent à se réunir, les conférences ont lieu sous la présidence de l'archi-chancelier de l'Empire, ou de l'archi-trésorier, suivant la nature des objets à examiner.

» 96. Chaque section discute séparément et en assemblée de section, les projets de Loi qui lui sont transmis par le corps législatif. — Deux orateurs de chacune des trois sections portent au corps législatif le vœu de leur section, et en développent les motifs.

» 97. En aucun cas, les projets de Lois ne peuvent être discutés par le tribunat en assemblée générale.... »

IX. Ces dernières dispositions sont abrogées par le sénatus-consulte du 19 août 1807.

« Ce sénatus-consulte (a dit M. Boulay, conseiller d'état, en le communiquant au corps législatif, le 29 du même mois), est la suite naturelle de ceux des 16 thermidor an 10 et 28 floréal an 12.

» Par le premier, le tribunat avait été réduit à cinquante membres, et devait se diviser en sections.

Source : BIU Cujas

» Par le second, quelques unes de ses attributions avaient été reportées dans le sénat : il n'avait plus été envisagé que comme un conseil propre à l'examen des projets de Lois ; et pour le rendre plus utile sous ce rapport, on lui avait interdit cet examen en assemblée générale et publique : on l'avait divisé en trois sections, et chacune d'elle devait discuter séparément les projets de Lois qui lui étaient d'abord communiqués par le conseil d'état, et ensuite transmis officiellement par le corps législatif : chacune devait former son vœu particulier, et vous le faire porter par des orateurs chargés d'en développer les motifs.

» Ce qui est à remarquer, c'est qu'aux termes de l'art. 87 de ce sénatus-consulte, *ces sections du tribunat constituaient les seules commissions du corps législatif.* Or, n'était-ce pas une chose sans exemple et qui paraissait contraire à la nature même des choses, que les commissions d'un corps fussent composées de membres d'un corps différent ? Par-là, le tribunat était devenu une partie de vous-mêmes, et cette partie vous était étrangère. N'y avait-il pas dans cette combinaison quelque chose qui impliquait contradiction ?

» Ce vice disparaît aujourd'hui : le sénatus-consulte dont nous venons de vous donner communication, remet les choses dans leur état naturel ; il vous rend en quelque sorte vos propres organes, en plaçant dans votre sein vos commissions, et en les formant de vos membres.

» Par ce changement, des rapports plus intimes et plus immédiats vont être établis entre les deux branches du pouvoir législatif ; et cette partie de notre système constitutionnel en reçoit tout à la fois et plus de simplicité et plus d'utilité.

» Le gouvernement a seul l'initiative des Lois : les projets qu'il présente ne peuvent pas même être modifiés par le corps législatif ; il faut que celui-ci les adopte ou les rejette en leur entier : et certes, l'expérience nous a bien appris que cette prérogative du gouvernement était une des principales garanties de la stabilité des Lois et de la tranquillité publique ; mais il en est encore une autre dans la sagesse de ces Lois, et par conséquent dans la manière dont elles se préparent, et c'est ici que se déploie, comme dans tout le reste, la constante sollicitude du chef de l'Etat, pour le bonheur de ses peuples : toujours attentif à leurs besoins, à tout ce qui peut améliorer leur bien-être, il recueille par-tout les connaissances nécessaires ; il appelle de tout côté les lumières, et toujours plus riche de ses propres idées que de celles des autres, il les médite dans son conseil d'état, et y fait dresser les projets de Lois. Cependant, avec quelque soin qu'ils aient été préparés, il craint encore qu'ils n'aient pas acquis le degré de perfection dont ils sont susceptibles. On peut s'être trompé sur l'utilité de quelques dispositions ; il peut s'y être glissé des ambiguités dans le sens, des obscurités dans la rédaction, des défauts de liaison dans les idées. Or, c'est pour préserver la législation de ces vices, que sa majesté a voulu, et que nos constitutions ordonnent qu'avant d'être soumis définitivement à la sanction du corps législatif, les projets de Lois subissent une discussion préalable, une censure utile de la part d'hommes choisis dans un corps différent. C'était pour remplir cet objet essentiel, que le tribunat, recevant une organisation plus sage, avait été divisé en différentes commissions ; et c'est pour le remplir d'une manière plus sûre et plus facile encore, que ces commissions vont être formées dans votre sein, et composées de ceux de vos membres, dans les lumières et l'expérience desquels vous placerez plus particulièrement votre confiance.

» Ainsi, messieurs, vous serez désormais appelés, non seulement à sanctionner les projets de Lois, mais encore à concourir à leur formation. Il va s'établir entre les sections du conseil d'état et vos commissions, une communication de zèle et de lumières, une noble émulation pour le bien public ; et tel sera l'heureux effet de ce concert, que, sans porter aucune atteinte aux prérogatives essentielles du gouvernement et du corps législatif, il ne servira qu'à vous diriger plus sûrement dans l'exercice de vos fonctions, qu'à vous donner plus de confiance dans votre vote, et à la nation une garantie de plus de la sagesse de ses Lois.

» Un résultat si utile sera moins l'effet d'un changement que d'une amélioration dans nos constitutions. En supprimant le nom d'un des corps de l'Etat, on conserve réellement tout ce que ce corps avait de bon dans son organisation : ce n'est donc point ici une abolition, mais une simple réunion, dans leur centre naturel, de fonctions importantes, et qui se trouvaient mal à propos séparées et distinctes.

» Tels sont aujourd'hui, messieurs, les progrès de l'expérience et de la raison publique, qu'on pourrait mettre en problème, si le tribunat, tel qu'il avait été d'abord organisé, était une institution salutaire et bien assortie, même dans la constitution de l'an 8, bien que cette constitution conservât encore beaucoup de cet esprit inquiet et démocratique qui nous avait si long-temps agités. Mais depuis que le vœu national, fortement exprimé, avait donné au gouvernement une assiette plus solide et plus stable, depuis que la première magistrature avait été déclarée d'abord à vie, ensuite héréditaire, et qu'une famille impériale se trouvait constituée, il est évident que le tribunat n'offrait plus, dans notre édifice politique, que l'aspect d'une pièce inutile, déplacée et discordante.

» Cependant, messieurs, ce qui est bien remarquable, c'est que cette institution qui, considérée en elle-même, aurait pu devenir inquiétante et dangereuse, n'avait jusqu'à présent produit que de bons résultats ; mais ces résultats, il ne faut les attribuer qu'à d'heureuses circonstances et sur-tout à l'excellent esprit des membres du tribunat, qui

Source : BIU Cujas

se sont constamment montrés plus sages que l'institution même..... »,

Voici au surplus le texte du sénatus-consulte annoncé par ce discours :

« *Art.* 1. A l'avenir et à compter de la fin de la session qui va s'ouvrir, la discussion préalable des Lois qui est faite par les sections du tribunat, le sera pendant la durée de chaque session par trois commissions du corps législatif, sous le titre, — La première, de *commission de législation civile et criminelle ;* — La seconde, de *commission d'administration intérieure ;* — La troisième, de *commission des finances.*

» 2. Chacune de ces commissions délibèrera séparément et sans assistans; elle sera composée de sept membres nommés par le corps législatif, au scrutin secret et à la majorité absolue des voix. Le président sera nommé par l'Empereur, soit parmi les membres de la commission, soit parmi les autres membres du corps législatif.

» 3. La forme du scrutin sera dirigée de manière qu'il y ait, autant qu'il sera possible, quatre jurisconsultes dans la commission de législation.

» 4. En cas de discordance d'opinions, entre la section du conseil d'état qui aura rédigé le projet de Loi, et la commission compétente du corps législatif, l'une et l'autre se réuniront en conférences, sous la présidence de l'archi-chancelier de l'Empire, ou de l'archi-trésorier, suivant la nature des objets à examiner.

» 5. Si les conseillers d'état et les membres de la commission du corps législatif sont du même avis, le président de la commission sera entendu, après que l'orateur du conseil d'état aura exposé devant le corps législatif les motifs de la Loi.

» 6. Lorsque la commission se décidera contre le projet de Loi, tous les membres de la commission auront la faculté d'exposer, devant le corps législatif, les motifs de leur opinion.

» 7. Les membres de la commission qui auront discuté un projet de Loi seront admis, comme les autres membres du corps législatif, à voter sur le projet.

» 8. Lorsque les circonstances donneront lieu à l'examen de quelque projet d'une importance particulière, il sera loisible à l'Empereur d'appeler, dans l'intervalle de deux sessions, les membres du corps législatif nécessaires pour former les commissions, lesquelles procèderont de suite à la discussion préalable du projet : ces commissions se trouveront nommées pour la session prochaine ».

§. II. *Tout acte de l'autorité investie du pouvoir législatif, est-il une loi ?*

I. Nous avons dit que la loi est l'*expression de la volonté générale ;* résulte-t-il de cette définition, que tout acte qui exprime la volonté générale, doit être considéré comme une Loi ?

Cela doit être, ou la définition que nous avons donnée de la Loi, est fausse : car définir un objet, c'est le caractériser de manière qu'on ne puisse adapter à aucun autre la description que l'on en fait; et pour cela il faut que dans la phrase qui contient la définition, le sujet puisse devenir régime, et le régime se convertir en sujet, sans que le sens en souffre, ni que la vérité en soit altérée.

Cependant, direz-vous que lorsque le peuple d'Athènes condamnait Socrate à mort, c'était une Loi qu'il faisait? Direz-vous que lorsque le peuple romain bannissait Coriolan de ses murs, sa volonté pouvait être considérée comme une Loi?

Non, sans doute : car pour qu'un acte forme une Loi, il ne faut pas seulement que la volonté dont il émane, soit celle du plus grand nombre; il faut encore que la matière sur laquelle statue le vœu d'une nation, soit commune à tous ; et si quelquefois une nation exerçait sa puissance, ou manifestait sa volonté sur des objets particuliers, ce ne serait pas comme souverain, mais comme gouvernement : elle n'agirait pas alors en législateur, mais en magistrat ; et au lieu de faire une Loi, elle ne donnerait qu'un ordre, ou ne prononcerait qu'un jugement.

Il est donc faux que toute *expression de la volonté générale* soit une Loi ? Point du tout; mais il est faux que la volonté, même du plus grand nombre soit une volonté générale, quand elle se rapporte à un fait particulier. Dans ce cas, en effet, comme le dit Rousseau (liv. 2, ch. 4), « l'affaire est contentieuse ; c'est un procès où les particuliers sont une des parties et le public l'autre, mais où je ne vois ni la Loi qu'il faut suivre, ni le juge qui doit prononcer. Il serait ridicule de vouloir alors s'en rapporter à une expresse décision de la volonté générale, qui ne peut être que la conclusion de l'une des parties, et qui par conséquent n'est pour l'autre qu'une volonté étrangère, particulière, portée, en cette occasion, à l'injustice, et sujette à l'erreur. Ainsi, de même qu'une volonté particulière ne peut représenter la volonté générale ; la volonté générale, à son tour, change de nature ayant un objet particulier, et ne peut, comme générale, prononcer ni sur un homme ni sur un fait ».

Il faut donc, pour qu'une volonté soit véritablement générale, que tout le peuple de qui elle émane, soit directement, soit par l'organe de l'autorité qui le représente, ne statue que sur ses intérêts communs ; et dans ce cas, il est évident qu'il n'y a point d'injustice à craindre dans la Loi qu'il forme, puisque chacun alors, se soumettant comme individu aux conditions qu'il impose aux autres, il ne pourrait être injuste envers ceux-ci, sans l'être envers lui-même : « Accord admirable de l'intérêt et de la justice (dit encore Rousseau), qui donne aux délibérations communes un caractère d'équité qu'on voit évanouir dans la discussion de toute affaire particulière,

Source : BIU Cujas

faute d'un intérêt commun qui unisse et identifie la règle du juge avec celle de la partie ».

Observons cependant que pour que l'objet des Lois soit censé général, il suffit qu'elles considèrent abstractivement, soit les personnes, soit les choses sur lesquelles elles prononcent; et qu'elles ne perdraient leur caractère, qu'autant qu'elles s'occuperaient spécialement de tel individu, de tel fait, de telle action : « Ainsi (pour nous servir encore des termes de Rousseau), la Loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne; la Loi peut faire plusieurs classes de citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle peut nommer tels et tels pour y être admis; elle peut établir un gouvernement royal et une succession héréditaire; mais elle ne peut élire un roi ni nommer une famille royale; en un mot, toute fonction qui se rapporte à un objet individuel, n'appartient point à la puissance législative ».

II. Il est aisé, d'après cette doctrine, de discerner, parmi les actes du corps législatif, ceux qui ont véritablement le caractère de loi, d'avec ceux à qui ce caractère manque.

Nous ne parlons pas ici des actes du corps législatif qui ne sont pas provoqués par le gouvernement, tels que ceux par lesquels, d'après l'art. 70 de la constitution du 22 frimaire an 8, ce corps autorise des poursuites criminelles contre un de ses membres. (*V. Inviolabilité.*)

Mais nous parlons des actes du corps législatif, que le gouvernement lui-même provoque; et, à cet égard, il est évident que l'on ne peut pas considérer comme Lois proprement dites, ceux de ces actes qui ne statuent que sur des objets d'intérêt purement local ou individuel.

Ainsi, autoriser un établissement public à aliéner un immeuble, permettre à une commune de s'imposer elle-même certaines taxes pour subvenir à ses besoins, ce n'est pas faire une Loi, mais un acte de haute administration.

Pourquoi donc, dans l'usage, qualifie-t-on de Lois ces sortes d'actes? C'est que, d'une part, l'assemblée constituante a réservé au pouvoir législatif le droit de statuer sur les objets dont il s'agit; et que, de l'autre, elle a voulu, par son décret du 9 novembre 1789, que tous ses décrets qui seraient revêtus de la sanction royale, portassent indistinctement *le nom et l'intitulé de Lois.*

III. La même doctrine nous aidera à reconnaître, avec la même facilité, quels sont parmi les nombreux décrets qui ont été rendus par nos assemblées nationales, sous les constitutions antérieures à celle de l'an 8, ceux auxquels il ne peut être aujourd'hui dérogé que par des Lois, et quels sont au contraire ceux qui peuvent être abrogés ou modifiés par de simples actes du gouvernement.

Par exemple, la convention nationale faisait certainement une Loi proprement dite, lorsque, par son décret du 3 brumaire an 4, elle réglait la forme de procéder en matière criminelle; et, par cette raison, il n'y a qu'une Loi nouvelle qui puisse déroger à ce décret.

Mais quand elle ordonnait par son décret du 27 frimaire an 2, que l'imprimerie de la ci-devant administration de la loterie serait conservée sous le titre d'*imprimerie des administrations nationales*, et qu'elle serait chargée de toutes les impressions concernant le service des départemens du ministère, la convention nationale ne faisait qu'un acte d'administration. Aussi le directoire exécutif n'a-t-il pas hésité, en brumaire an 4, à supprimer cette imprimerie, et à en réunir les attributions à celle qui porte aujourd'hui le nom d'*imprimerie impériale.*

Écoutons M. Adet dans son rapport au tribunat, sur le projet de la Loi du 26 ventose an 8, relative au mode de jugement des contestations en matière de prises maritimes. — Après avoir établi les principes sur lesquels est fondé le droit de la course maritime, il ajoute : — « Ces principes une fois admis, il en résulte que le gouvernement doit avoir la direction de la course maritime, qui n'est qu'un mode particulier de faire la guerre; qu'il doit par conséquent jouir de la faculté de l'activer, de l'arrêter, de l'étendre, ou de la limiter; et d'après cela, de faire tous les règlemens qui y sont relatifs. Ces règlemens rentrent nécessairement dans la classe de ceux qu'il est chargé de faire pour la conduite générale de la guerre; ils doivent être assimilés à ceux qu'il donne aux officiers, aux corps armés. Vouloir que ces règlemens eussent le caractère de Lois, ce serait substituer l'autorité législative au pouvoir exécutif; ce serait renverser les principes. — Qu'on ne vienne pas m'objecter l'usage établi depuis cette guerre. Pendant longtemps on a méconnu les principes, par une raison bien simple. La convention nationale réunissait tous les pouvoirs, et les exerçait tous. Elle donnait toujours le même nom aux actes qui émanaient d'elle, quoiqu'ils fussent de nature différente; et ainsi, sous le nom de Loi, se sont trouvés nécessairement compris les Lois proprement dites, les règlemens, les arrêtés. — L'habitude qu'on avait alors de voir une décision de la convention intervenir sur un objet quelconque, faisait croire que cet objet était de la compétence de l'autorité législative, parcequ'on ne considérait la convention que comme autorité législative, quoiqu'elle cumulât tous les pouvoirs. — Ainsi, l'on a pensé que les règlemens relatifs à la course, qui, comme je l'ai prouvé, appartiennent au pouvoir exécutif, devaient nécessairement dériver de l'autorité législative : mais on s'est trompé; car, quand la convention nationale faisait un acte relatif à la course, elle faisait un véritable règlement; de même que, quand par une prétendue Loi, elle élevait des officiers à des grades militaires, elle était loin d'exercer l'autorité législa-

Source : BIU Cujas

tive, elle remplissait une des fonctions du pouvoir exécutif ».

§. III. *Différences et conformités entre les sénatus-consultes, les lois et les décrets impériaux.*

I. Les sénatus-consultes diffèrent des lois, — 1° en ce que les premiers émanent du sénat, et les seconds du corps législatif; — 2° en ce que les premiers statuent sur des points qui tiennent à l'organisation du corps politique, et les seconds sur des objets de pure législation.

Mais les sénatus-consultes et les Lois ont cela de commun, — 1° que les uns et les autres ne peuvent être rendus que sur la proposition de l'Empereur; — 2° qu'ils sont également obligatoires.

II. Les Lois diffèrent des décrets impériaux, — 1° en ce que les premières se composent de deux élémens distincts et dont le concours est nécessaire pour les former; la proposition de l'Empereur et le décret du corps législatif: au lieu que les décrets impériaux émanent directement de la volonté de l'Empereur; — 2° que les Lois se bornent à poser des principes, et que les décrets impériaux en appliquent ou développent les conséquences, et en déterminent le mode d'exécution. *Le gouvernement* PROPOSE *les Lois* (porte l'art. 44 de la constitution du 22 frimaire an 8), *et fait les règlemens nécessaires pour assurer leur exécution.*

Mais les Lois et les décrets impériaux ont cela de commun, qu'il n'est pas plus permis aux magistrats, aux fonctionnaires publics, aux citoyens, de s'écarter de ceux-ci que de celles-là. *V. Divorce*, sect. 4, §. 10, tom. 3, pag. 752 et 753.

Il est au surplus très facile de distinguer les matières qui sont du domaine de la Loi, d'avec celles qui peuvent être réglées par des décrets impériaux. Voici d'ailleurs un avis du conseil d'état, du 1er août 1807, et approuvé par l'Empereur, le 18 du même mois, qui répand là-dessus un grand jour:

« Le conseil d'état, après avoir entendu la section de législation sur le renvoi qui lui a été fait par S. M. I. et R., de l'examen de la question de savoir si le concours de l'autorité législative est nécessaire, lorsqu'il s'agit de l'exécution de l'art. 545 du Code civil, portant que *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité*; — Est d'avis que, dans ce cas, le concours de l'autorité législative n'est pas nécessaire, et que la nature même des choses s'oppose à ce qu'elle puisse intervenir avec la sûreté et la dignité qui lui conviennent. — La Loi n'est autre chose qu'une règle commune aux citoyens; elle établit des principes généraux sur lesquels reposent leurs droits politiques et civils. Le point de savoir si la règle a été violée dans l'application au droit d'un particulier, est une simple question de fait; il s'agit alors d'exécuter la règle, et non d'en créer une nouvelle. — La société a intérêt à ce que le principe ne soit changé que par la même autorité qui l'a établi: l'intérêt social n'est point blessé par l'erreur, ni même par l'injustice, dans la décision du fait particulier; c'est un préjudice individuel. Les Lois les plus sages et les plus claires n'empêcheront jamais qu'il n'y ait des erreurs ou des injustices dans leur application. On a toujours regardé comme une garantie politique, que la même autorité qui fait la Loi, ne soit pas chargée de l'exécuter. — Il est d'ailleurs impossible que la Loi intervienne alors avec sûreté et avec dignité: — Avec sûreté, parceque la question de fait dépend, le plus souvent, de connaissances locales, et que le corps législatif n'est point organisé pour éclaircir et pour juger des questions de fait. — La dignité de ce corps en est blessée, parcequ'on transforme les législateurs en simples juges; et le plus souvent encore, l'objet du jugement est du plus médiocre interêt. — Si on remonte aux diverses constitutions qui ont régi la France, aucune d'elles n'a exigé l'intervention de la Loi; si on s'en rapporte à l'usage, jamais on n'a soumis au corps législatif les expropriations ayant pour cause la voierie et les alignemens; et on trouve à peine quelques exemples pour des expropriations déterminées par d'autres causes d'utilité publique. — Le droit de propriété doit être regardé comme pleinement garanti par le principe général que la loi a établi, que la Loi seule pourrait changer, et par la régularité des formes, soit pour constater que l'utilité publique est réelle, soit pour fixer la valeur de l'objet consacré à cette utilité ».

§. IV. *De la promulgation des Lois.*

I. Avant la révolution de 1789, les mots *promulgation* et *publication* étaient synonymes par rapport aux Lois: témoin le Dictionnaire de l'académie Française, qui définissait la *promulgation*, « publication d'une Loi faite avec les formalités requises ».

Le décret de l'assemblée constituante, du 9 novembre 1789, assigna à ces deux mots des significations différentes: Il appela *promulgation* l'acte par lequel le chef de l'État attestait au corps social l'existence de l'acte législatif qui constituait la Loi; et *publication*, le mode qui devait être employé pour faire parvenir la Loi à la connaissance de tous les citoyens. — Voici les termes de ce décret:

« La promulgation des Lois sera ainsi conçue: *Louis, par la grace de Dieu et la loi constitutionnelle de l'Etat, roi des Français, à tous presens et à venir, salut. L'assemblée nationale a décrété et nous voulons et ordonnons ce qui suit, etc.* — La copie littérale du décret sera insérée sans addition ni observation. — *Mandons et ordonnons à tous les tribunaux, corps administratifs et municipalités, que les présentes ils fassent transcrire sur leurs registres, lire, publier et afficher dans leurs ressorts et départemens respectifs, et exécuter comme loi du royaume. En foi de quoi, nous*

Source : BIU Cujas

avons signé et fait contresigner les présentes, auxquelles nous avons fait apposer le sceau de l'État. A....., le..... etc. — Elles seront adressées à tous les tribunaux, corps administratifs et municipalités. — La transcription sur les registres, lecture, publication et affiches seront faites sans délai, aussitôt que les Lois seront parvenues aux tribunaux, corps administratifs et municipalités; et elles seront mises à exécution dans le ressort de chaque tribunal, à compter du jour où ces formalités y auront été remplies ».

Cette distinction entre la *promulgation* et la *publication* des Lois, ne survécut pas à la royauté constitutionnelle. C'est ce que prouve l'art. 9 de la loi du 14 frimaire an 2, dans lequel nous trouvons encore ces deux mots confondus et identifiés : « dans chaque lieu (y est-il dit), la *promulgation* de la loi sera faite dans les vingt-quatre heures de la réception, par une *publication* à son de trompe ou de tambour; et la loi deviendra obligatoire à compter du jour de la proclamation ».

Mais elle fut rétablie par la constitution du 5 fructidor an 3. Les articles suivans de cette constitution, placés sous le titre de la *promulgation des Lois*, ne laissent aucun doute à cet égard :

« 128. Le directoire exécutif fait sceller et publier les Lois et les autres actes du corps législatif, dans les deux jours après leur réception.

» 129. Il fait sceller et promulguer dans le jour, les Lois et les actes du corps législatif qui sont précédés d'un décret d'urgence.

» 130. La publication de la Loi et des actes du corps législatif, est ordonnée en la forme suivante : *Au nom de la république française, Loi* ou *acte du corps législatif..... Le directoire exécutif ordonne que la Loi* ou *l'acte du corps législatif ci-dessus sera publié, exécuté, et qu'il sera muni du sceau de la république.*

» 131. Les Lois dont le préambule n'atteste pas l'observation des formes prescrites....., ne peuvent être promulguées par le directoire exécutif.... »

On voit que cette constitution mettait entre la *promulgation* et la *publication*, la même différence qu'entre la cause et l'effet; et qu'il appelait *promulgation*, l'acte par lequel le directoire exécutif ordonnait la *publication* d'une loi.

II. La constitution du 22 frimaire an 8 attache la même idée au mot *promulgation*. Le *premier consul*, porte-t-elle, art. 41, *promulgue les Lois*; et ce qu'elle dit du *premier consul*, reçoit aujourd'hui une application directe et entière à *l'Empereur*.

Mais dans quel délai et dans quelle forme l'Empereur doit-il promulguer les lois?

III. Sur le délai, voici ce que règle l'art. 37 de la constitution du 22 frimaire an 8 : « tout décret du corps législatif, le dixième jour après son émission, est promulgué par le premier consul, à moins que, dans ce délai, il n'y ait recours au sénat pour cause d'inconstitutionnalité ».

Ce recours au sénat pour cause d'inconstitutionnalité ne pouvait, suivant l'art. 21 de la même constitution, être exercé que par le gouvernement et le tribunat. Mais, comme on l'a vu plus haut, §. 1, n. 8, le sénatus-consulte du 28 floréal an 12 a établi là-dessus de nouvelles règles.

IV. La forme de la promulgation des Lois est déterminée par les articles suivans du même sénatus-consulte :

« 137. L'Empereur fait sceller et fait promulguer les sénatus-consultes organiques, les sénatus-consultes, les actes du sénat, les lois.....

» 138. Il est fait deux expéditions originales de chacun des actes mentionnés en l'article précédent. — Toutes deux sont signées par l'Empereur, visées par l'un des titulaires des grandes dignités, chacun suivant leurs droits et leurs attributions, contresignées par le secrétaire d'état et le ministre de la justice, et scellées du grand sceau de l'État.

» 139. L'une de ces expéditions est déposée aux archives du sceau, et l'autre est remise aux archives de l'autorité publique de laquelle l'acte est émané.

» 140. La promulgation est ainsi conçue : — « *N.* (le prénom de l'Empereur), *par la grace de Dieu et les constitutions de la république, Empereur des Français, à tous présens et à venir, salut. — Le sénat, après avoir entendu les orateurs du conseil d'état, a décrété ou arrêté, et nous ordonnons ce qui suit :* — (et s'il s'agit d'une Loi), *le corps législatif a rendu le.....* (la date), *le décret suivant, conformément à la proposition faite au nom de l'Empereur, et après avoir entendu les orateurs du conseil d'état et des sections du tribunat, le..... — Mandons et ordonnons que les présentes, revêtues du sceau de l'État, insérées au bulletin des lois, soient adressées aux cours, aux tribunaux et aux autorités administratives, pour qu'ils les inscrivent dans leurs registres, les observent et les fassent observer; et le grand-juge, ministre de la justice, est chargé d'en surveiller la publication* ».

V. Quel est l'effet de la promulgation d'une loi? L'art. 1 du Code Napoléon s'explique là-dessus très clairement : « Les Lois sont *exécutoires* dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par l'Empereur ».

La promulgation que l'Empereur fait d'une Loi, la rend donc *exécutoire*, c'est-à-dire, susceptible d'exécution. — Mais elle n'en nécessite pas l'exécution du même instant. L'exécution n'en devient obligatoire que par le laps d'un délai déterminé après la promulgation. *V.* ci-après, §. 5.

VI. La Loi prend-elle sa date du jour de sa promulgation, ou doit-on, pour fixer cette date, remonter au jour où le corps législatif a décrété le projet de Loi proposé par l'Empereur? Un avis du conseil d'état, du 5 pluviose an 8, approuvé le même jour par le chef du gouvernement, décide « que la véritable date d'une Loi est celle de son émission par le corps législatif »; et voici sur quoi il fonde cette décision :

Source : BIU Cujas

« Trois choses sont nécessaires à la formation de la Loi, sa proposition par le gouvernement, sa communication au tribunat, et son acceptation par le corps législatif. A la vérité, la promulgation doit être suspendue pendant dix jours, pour donner lieu au recours en inconstitutionnalité devant le sénat conservateur : mais si ce recours n'est pas exercé, il en résulte seulement que la Loi est jugée constitutionnelle par deux autorités qui ont droit d'exercer le recours ; et si ce recours a lieu, et que le sénat ne le déclare pas fondé, il en résulte encore que l'acte dénoncé n'est pas inconstitutionnel, et que par conséquent il est Loi. Mais dans l'un et l'autre cas, l'acte du corps législatif est Loi du moment de son émission. — La promulgation est nécessaire, sans doute, mais seulement pour faire connaître la Loi, pour la faire exécuter : c'est la première condition, le premier moyen de son exécution, et voilà pourquoi elle appartient au pouvoir exécutif. Le gouvernement a une part à la législation, mais seulement par la proposition de la Loi ; et quand il la promulgue, ce n'est plus comme partie intégrante du pouvoir législatif, mais seulement comme pouvoir distinct et séparé, comme pouvoir exécutif. Et il faut bien se garder de confondre cette promulgation, avec la sanction que le roi constitutionnel avait en 1791, ou avec l'acceptation que le conseil des anciens avait par la constitution de l'an 3. Cette sanction et cette acceptation étaient parties nécessaires de la formation de la Loi, et ne ressemblaient en rien à sa promulgation. Aussi la Loi datait-elle, en 1791, du jour de la sanction, et sous la constitution de l'an 3, du jour de l'acceptation par les anciens, et non du jour de sa promulgation, soit par le roi constitutionnel, soit par le directoire exécutif. — Ainsi, sous la constitution actuelle, elle doit dater du jour de son émission par le corps législatif, dernière condition essentielle à sa formation ».

§. V. *A quelle époque les Lois deviennent-elles obligatoires ?*

I. Les Lois ne peuvent obliger les personnes pour qui elles sont faites, que du moment où elles sont parvenues à leur connaissance. Les législateurs romains avaient expressément consacré ce principe : *Leges sacratissimæ, quæ constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi, præscripto earum manifestiùs cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur.* (Loi 9, C. *de legibus.*)

Mais à quelle époque une Loi est-elle réputée connue ? L'empereur Anastase, dans la loi 65, C. *de decurionibus*, parlant d'une ordonnance précédente de l'empereur Zénon, dit qu'elle doit être exécutée du jour de sa publication : *ex die quo promulgata est, vires suas obtinere.*

Et telle était la règle générale du droit romain. A la vérité, l'empereur Justinien veut, dans le chap. 1 de sa novelle 66, qu'une Loi qu'il a récemment faite sur la forme des testamens, ne soit obligatoire dans chaque lieu, que deux mois après qu'elle y aura été publiée. Mais c'est une disposition limitée à un cas spécial ; et Dunod s'est trompé, avec beaucoup d'autres auteurs, lorsque, dans son *Traité des prescriptions*, part. 2, ch. 2, il a tiré de cette disposition particulière la conséquence que, dans tous les cas, « les Lois n'obligent (suivant le droit romain), que deux mois après leur publication ».

II. Avant la révolution de 1789, c'était une grande question si l'enregistrement et la publication d'une Loi dans une cour souveraine, suffisaient pour la rendre obligatoire dans tout le ressort de cette cour.

« Dans certains ressorts (disait M. Portalis, conseiller d'état, dans l'*exposé des motifs* du premier titre du Code Napoléon, le 4 ventôse an 11) la Loi était censée promulguée, et elle devenait exécutoire pour tous les habitans du pays, du jour qu'elle avait été enregistrée par le parlement de la province. — Dans d'autres ressorts, on ne regardait l'enregistrement dans les cours que comme le complément de la Loi considérée en elle-même, et non comme sa promulgation ou sa publication : on jugeait que la formation de la loi était consommée par l'enregistrement, mais qu'elle n'était promulguée que par l'envoi aux sénéchaussées et bailliages ; et qu'elle n'était exécutoire, dans chaque territoire, que du jour de la publication faite à l'audience par la sénéchaussée ou par le bailliage de ce territoire ».

Cependant, l'opinion la plus générale était que l'on devait à cet égard distinguer entre les Lois dont l'exécution était purement passive de la part de ceux qu'elles gouvernaient, et celles qui réglaient les actions, les contrats et les dispositions des hommes ; que les premières devaient avoir leur effet du jour de leur enregistrement dans les cours supérieures, quoique les tribunaux inférieurs qui devaient les faire publier dans leurs territoires respectifs, ne les eussent pas encore reçues ; et que les secondes n'étaient obligatoires dans l'étendue de chaque bailliage ou sénéchaussée, que du jour qu'elles y avaient été enregistrées et publiées.

C'est à ce second cas que se rapporte ce que dit Rodier, sur l'art. 4 du tit. 1 de l'ordonnance de 1667 : — « Il est de maxime qu'une Loi doit être connue pour être exécutée. L'enregistrement fait dans les cours souveraines, dont le ressort est communément fort vaste, ne peut donner une connaissance suffisante dans tout le ressort, à compter du jour de l'enregistrement au greffe de cette cour.... Aussi est-ce du jour de la publication faite dans les bailliages, senechaussees et judicatures royales, que les édits et ordonnances doivent être observes dans l'etendue de ces juridictions ; c'est ainsi que M. le chancelier d'Aguesseau s'en est expliqué dans une lettre écrite à M. le

Source : BIU Cujas

procureur général du parlement de Toulouse, le 7 février 1750 ».

On trouve en effet, dans le Recueil de Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 16, un arrêt du parlement de Paris du 5 septembre 1628, qui a ordonné qu'un contrat de constitution de rente au denier douze, passé dans le Vermandois en juillet 1620, était valable, et que la rente devait être payée et continuée sur ce pied, quoique par un édit du mois de juillet 1601, enregistré au parlement le 18 février 1602, mais non envoyé ni publié au bailliage de Laon, les rentes eussent été réduites pour l'avenir au denier seize.

Plus récemment, le 27 mai 1767, le même parlement, sur les conclusions de M. Joly de Fleury, avocat général, a déclaré valable, nonobstant l'art. 14 de l'édit du mois d'août 1749, enregistré en cette cour le 2 septembre suivant, le transport d'une rente foncière fait à un hôpital de la Rochelle, par acte du 26 du même mois; et cela sur le fondement que l'édit n'avait été enregistré et publié à la sénéchaussée de la Rochelle même, que le 17 novembre de la même année. (*Denizart*, au mot *Edit.*)

Le parlement de Bordeaux a jugé la même chose au mois d'août 1747. Il s'agissait d'une *donation de biens présens et à venir* faite dans le ressort de la sénéchaussée de Martel, le 8 décembre 1731, c'est-à-dire, d'une donation qu'avait prohibée l'ordonnance du mois de février précédent, enregistrée au parlement dès le 19 juillet. « Les donataires en soutenaient la validité, attendu que l'ordonnance n'avait été enregistrée au sénéchal de Martel que le 1er mars 1732; (et l'arrêt cité) confirma la donation ». (*Salviat*, jurisprudence du parlement de Bordeaux, question 13.)

Même décision au parlement de Toulouse, dans l'espèce suivante : — « L'ordonnance du mois de février 1731, concernant les donations (dit Rodier, *loc. cit.*), fut enregistrée au parlement de Toulouse le 14 juillet de la même année, avec cette clause ordinaire, *qu'à la diligence du procureur général il en sera envoyé des copies dûment collationnées dans tous les bailliages et sénéchaussées du ressort, pour y être procédé à semblable lecture, publication et enregistrement, à la diligence des substituts dudit procureur général, qui en certifieront la cour dans le mois.* Cette ordonnance n'était pas encore publiée et enregistrée en la sénéchaussée de Villefranche en Rouergue, le 27 août 1731, lorsque ledit jour, Gabriel Jean, laboureur de ce ressort, fit donation entre-vifs à Eustache Jean, son parent, de tous et chacun ses biens présens et à venir, meubles, immeubles, en quoi que le tout consistât. Gabriel Jean, donateur, fit assigner, le 19 novembre de la même année, Eustache Jean, donataire, devant le juge de Martel, pour voir casser cette donation; il impétra même des lettres royaux contre cet acte, le 5 mars 1732, et mourut le 21, ayant, par testament du 23 novembre 1731, postérieur à l'instance, institué héritière Jeanne Tier, sa femme, à la charge de continuer les poursuites contre Eustache Jean, donataire; ce qu'elle fit. Les moyens de cassation étaient pris de ce que cette donation comprenait les biens à venir, et de ce qu'elle comprenait des meubles sans tradition réelle, et sans qu'il en eût été dressé un état; ce qui était contraire à la disposition de l'ordonnance du mois de février 1731, art. 15. Eustache Jean répondait qu'il n'y avait pas de contravention, parceque l'ordonnance des donations n'avait pas été publiée et enregistrée dans la sénéchaussée le 27 août, jour de la donation. Le juge de Martel, par sentence du 3 août 1732, sans avoir égard aux lettres, ordonna que la donation sortirait son plein et entier effet; appel au sénéchal, sentence conforme. Appel au parlement. Arrêt le 24 avril 1743, à la seconde chambre des enquêtes, au rapport de M. de Courtois, qui débouta ladite Tier de son appel. — Elle se pourvut au conseil en cassation de cet arrêt, pour contravention à l'ordonnance des donations : elle exposait dans sa requête, que les ordonnances tirent leur autorité et leur force de l'autorité du roi; que ce n'est que comme par exubérance que le roi les adresse à ses parlemens; que du jour qu'elles sont enregistrées aux greffes des parlemens, elles doivent être observées dans tout le ressort : elle citait les art. 4 et 5 du tit. 1 de l'ordonnance de 1667, et l'art. 47 de l'ordonnance même des donations, par lequel le roi, en adressant celle-ci au parlement, veut que, pour la rendre notoire à ses sujets, il la fasse lire, publier et enregistrer; d'où elle concluait, que puis que le roi n'ordonnait la publication qu'au parlement, c'était du jour de cette publication qu'elle devait être observée; ce qu'elle appuyait par un arrêt du parlement de Paris, rapporté par Boiceau, *de la preuve par témoins*, ch. 1. Elle ajoutait que l'observation des ordonnances ou le retardement de cette observation, ne pouvait dépendre de la volonté des juges inférieurs; que du moins après le mois donné par le parlement aux substituts du procureur général, pour faire enregistrer l'ordonnance en leur siège, et en certifier en la cour, la publication était censée faite, et la Loi connue dans tous les sièges du ressort, sans quoi il faudrait dire que l'enregistrement aux cours de parlement ne serait qu'une formalité inutile, puisque ce serait l'enregistrement aux sénéchaussées qui donnerait effet à la Loi, et il dépendrait de ces officiers de le retarder; que la donation du 27 août 1731 était postérieure d'un mois et treize jours à l'arrêt de registre; qu'une Loi aussi célèbre, aussi fameuse que l'ordonnance des donations, annoncée même depuis quelque temps, ne pouvait être censée ignorée le 27 août dans la sénéchaussée de Villefranche, qui n'est qu'à seize lieues de Toulouse. — Malgré tout cela Jeanne Tier fut déboutée de sa demande en cassation.

» Il est vrai (continue Rodier), qu'il y a un arrêt postérieur du même parlement, au rapport de M. de Miramont, du 18 juin 1753, qui a dé-

Source : BIU Cujas

claré nul pour contravention à l'ordonnance des testamens, enregistrée en la cour le 23 février 1737, un testament mutuel fait à Villefranche de Rouergue, non écrit par le notaire lui-même, en date du 18 avril 1737, c'est-à-dire, un mois vingt-sept jours après l'enregistrement de l'ordonnance, quoiqu'elle n'eût été publiée au sénéchal de Villefranche que le 3 juin 1737. — Mais cet arrêt peut n'être pas regardé comme contraire au précédent. Pour en concilier les dispositions, il faut appliquer à la publication à faire dans les sénéchaussées, ce que l'art. 5 du tit. 1 de l'ordonnance de 1667 dit de l'enregistrement et publication à faire dans les cours souveraines, savoir, qu'à défaut d'enregistrement dans six semaines, les ordonnances *seront tenues pour publiées, et en conséquence seront gardées et observées* comme si elles avaient été enregistrées. — Il n'y avait pas six semaines de l'enregistrement fait au parlement de l'ordonnance du mois de février 1731, à la date de la donation de Gabriel Jean; mais il y avait plus de six semaines de l'enregistrement de l'ordonnance des testamens, à la date du testament du 18 avril 1737. Quoi qu'il en soit, le premier arrêt a été approuvé au conseil, et c'est à quoi il faut s'en tenir ».

Une autre preuve que cette jurisprudence entrait le mieux dans les vues de l'ancien gouvernement, c'est la précaution extraordinaire qu'il avait prise dans l'édit des présidiaux du mois d'août 1777, d'ordonner que cette Loi serait exécutée, *à compter du jour de son enregistrement au parlement.* Comme l'observe fort bien Salviat, à l'endroit déjà cité, il n'avait sans doute *dérogé par-là au style d'usage*, que pour empêcher les présidiaux de reculer, par leur retardement à enregistrer et publier l'édit, l'exécution d'un nouvel ordre de compétence qui diminuait leurs attributions.

III. Le décret de l'assemblée constituante du 9 novembre 1789, rapporté ci-devant § 4, établit sur cette matière des règles tout-à-fait nouvelles. Il voulut que les Lois fussent désormais adressées par le ministre de la justice, non seulement aux parlemens et aux conseils supérieurs qui existaient à cette époque, mais encore *à tous les tribunaux, corps administratifs et municipalités*, et qu'elles fussent mises à execution *dans le ressort de chaque tribunal, à compter du jour où les formalités de transcription sur les registres, publication et affiches, y auraient été remplies.*

Remarquons pourtant que les transcriptions, publications et affiches qui, d'après ce décret, devaient se faire de l'autorité des corps administratifs et des municipalités, n'étaient que de pure solennité; et que les Lois ne devenaient obligatoires pour les citoyens, que par la transcription, la publication et l'affiche faites au tribunal de leur ressort.

Mais il paraît que ce décret n'a reçu aucune espèce d'exécution, quoiqu'il eût été *accepté* par le chef du pouvoir exécutif, scellé du sceau de l'Etat, et imprimé à l'imprimerie du gouvernement. Du moins nous voyons que pendant l'année qui l'a suivi, les décrets acceptés ou sanctionnés par le roi, ont été promulgués, non comme il l'ordonnait, sous le titre de *Lois*, mais tantôt sous celui de *lettres-patentes*, tantôt sous celui de *proclamation*, tantôt sous celui de *déclaration*, tantôt enfin sous celui d'*arrêt du conseil.*

Des difficultés s'élevèrent à ce sujet, et elles donnèrent lieu à la Loi du 2 novembre 1790, dont il importe singulièrement de bien saisir les dispositions.

Cette Loi est divisée en deux parties bien distinctes: l'une est rédigée en forme de *déclaration*, parcequ'elle ne se rapporte qu'aux décrets rendus et sanctionnés jusqu'alors; l'autre l'est en forme de décret, parcequ'elle a pour objet les décrets à rendre à l'avenir.

La première partie est ainsi conçue: — « L'assemblée nationale, après avoir entendu le rapport fait par le comité de constitution, *déclare*, — 1° Que tous les décrets rendus jusqu'à présent par l'assemblée nationale, sur lesquels le consentement royal est intervenu, sont valablement acceptés ou sanctionnés, quelle que soit la formule par laquelle le consentement du roi a été exprimé; — 2° Que tous les décrets acceptés ou sanctionnés par le roi, promulgués sous les divers titres de *lettres-patentes, proclamation du roi, déclaration du roi, arrêt du conseil*, ou tous autres, sont également Lois, et que la différence dans l'intitulé des promulgations n'en produit aucune pour la validité de ces Lois; — 3° Que les transcriptions et publications de ces Lois faites par les corps administratifs, par les tribunaux et par les municipalités, sous quelque titre et en quelque forme que l'adresse leur en ait été faite, sont toutes également de même valeur; — 4° Que ces Lois sont obligatoires du moment où la publication en a été faite, soit par le corps administratif, soit par le tribunal de l'arrondissement, sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait été faite par tous les deux ».

On voit que dans cette première partie de la Loi du 5 novembre 1790, le législateur ne s'occupe que des Lois faites et publiées précédemment; et que ce n'est qu'à leur égard, qu'il établit en principe que la publication faite, soit par le tribunal, soit par l'administration d'un arrondissement, a suffi pour les rendre obligatoires à l'égard de tous les citoyens, à l'égard de toutes les communes de cet arrondissement.

Ce n'est que dans sa seconde partie, que cette Loi s'occupe des Lois à venir, et voici comment elle débute:

« Au surplus, l'assemblée nationale décrète ce qui suit: — *Art.* 1. A l'avenir, il sera fait pour chaque décret deux minutes en papier, sur chacune desquelles le consentement royal sera exprimé par cette formule..... — 4. Le ministre de la justice fera imprimer autant d'exemplaires de cha-

Source : BIU Cujas

que Loi, qu'il en sera nécessaire pour les envois à faire tant aux corps administratifs de département et de district, qu'aux tribunaux de district. — 7. Il sera envoyé à chaque administration de département, un exemplaire marqué du timbre sec du sceau de l'État et certifié par la signature du ministre de la justice; cet exemplaire restera déposé aux archives du département, après avoir été transcrit sur les registres de l'administration. — 8. Il sera en même temps envoyé à chaque administration de département, plusieurs exemplaires de la Loi non timbrés, ni certifiés par le ministre de la justice, lesquels seront incessamment adressés par l'administration de département à celles de district qui lui sont subordonnées, après que la première aura préalablement vérifié et certifié sur chaque exemplaire qu'il est conforme à celui qu'elle a reçu timbré et certifié par le ministre. — 9. Les administrations de district feront transcrire sur leurs registres et déposer dans leurs archives, toutes les Lois qui leur seront envoyées par les administrations de département, certifiées par ces dernières. — 10. Les administrations de département feront imprimer des exemplaires de chaque Loi.... et les enverront aux administrations de district, pour être adressées par celles-ci aux municipalités de leur ressort, après qu'elles auront certifié sur chaque exemplaire, la conformité avec celui qu'elles ont reçu certifié par l'administration de département. — 11. Les administrations de district feront, dans le plus bref délai, envoi aux municipalités...; celles-ci dresseront procès-verbal sur leurs registres, de la réception de chaque Loi.... — 12. Les corps administratifs tant de département que de district publieront dans la ville où ils sont établis, par placards imprimés et affichés, toutes les Lois qu'ils auront transcrites; et cette publication sera faite en chaque municipalité par l'affiche des placards qui auront été envoyés aux officiers municipaux par l'administration de district, et en outre, à l'égard des municipalités de campagne, par la lecture publique à l'issue de la messe paroissiale.... — 13. Les municipalités certifieront, dans la huitaine, les administrations de district, tant de la réception que de la mention faite sur leurs registres, et de la publication. — 14. Le ministre de la justice enverra directement à chacun des commissaires près les tribunaux de district un emplaire de chaque Loi, certifié par sa signature et timbré du sceau de l'État. — 15. Chaque commissaire présentera la Loi au tribunal près duquel il fait ses fonctions, dans les trois jours de sa réception, et il en requérra la transcription et la publication. — 16. Le tribunal sera tenu, sur la présentation de la Loi, d'en faire faire, dans la huitaine, la transcription et la publication, tant par la lecture à l'audience que par placards affichés ».

Telles sont les dispositions de la seconde partie de la Loi du 2 novembre 1790 concernant la publication des Lois qui devaient suivre cette époque.

On remarque qu'il n'y est pas dit, comme dans la première partie uniquement relative aux Lois antérieures, que les Lois sont obligatoires par le seul fait de leur publication, soit au tribunal, soit à l'administration de l'arrondissement; — C'est qu'en effet la seconde partie de cette Loi établit pour la publication des Lois postérieures au 2 novembre 1790, un système tout différent de celui qui avait eu lieu pour les Lois précédentes.

Pour les Lois précédentes, la première partie de la Loi veut que la publication faite au chef-lieu judiciaire ou administratif d'un arrondissement, soit par cela seul censée faite dans toutes les communes qui en dépendent.

Mais pour les Lois postérieures, la seconde partie de la Loi, bien loin de vouloir rien de semblable, exige impérieusement que la publication se fasse dans toutes les communes, savoir, dans le chef-lieu de chaque département ou district par l'administration de district ou de département qui y siége, et dans chacune des autres communes, par la municipalité qui lui est propre.

Aussi existe-t-il deux décrets de la convention nationale, antérieurs à la Loi du 14 frimaire an 2, qui décident formellement que, d'après la Loi du 2 novembre 1790, les Lois ne deviennent obligatoires dans chaque commune, que du jour où elles y sont publiées.

Le premier de ces décrets est relatif à la Loi du 23 août 1793, qui mettait en réquisition pour le service militaire, tous les jeunes gens non mariés de l'âge de 18 à 25 ans. La convention nationale mettait un extrême intérêt à l'exécution la plus stricte et la plus étendue de cette Loi, de laquelle, dans le fait, dépendaient absolument le sort de la république et l'honneur des armes françaises. Cependant, consultée sur la question de savoir si les jeunes gens qui s'étaient mariés postérieurement à la Loi, mais avant qu'elle eût été publiée dans leurs communes, étaient ou non soumis à la réquisition, son respect pour les principes l'emporta sur le désir bien naturel de grossir le plus qu'il était possible les phalanges républicaines; et par décret du 2 octobre 1793, elle s'expliqua en ces termes: « Sur la réclamation de jeunes citoyens qui se sont mariés depuis le 23 août 1793, *jusqu'au moment de la promulgation de cette Loi* DANS LEURS COMMUNES, la convention nationale passe à l'ordre du jour, motivé sur ce qu'aucune Loi ne doit avoir d'exécution qu'après qu'elle a été promulguée ».

Le second decret est du 12 frimaire an 2; voici comment il est conçu: « La convention nationale, après avoir entendu le rapport de son comité de législation, sur la question de savoir si les prêtres en faveur desquels le décret du 29 brumaire a été rendu, peuvent y être compris lorsque leur mariage, l'acte de ses conditions ou la publication des bans ont eu lieu *avant la promulgation de la Loi* DANS LEURS COMMUNES RESPECTIVES; considérant que les Lois n'ont de force que du jour qu'elles

Source : BIU Cujas

sont connues par leur promulgation, passe à l'ordre du jour ».

Voilà certes deux commentaires bien lumineux, deux explications bien positives et bien solennelles, de la seconde partie de la Loi du 2 novembre 1790; et il ne doit plus maintenant être permis de douter que l'intention de cette Loi n'ait été de faire dépendre de la promulgation des Lois nouvelles dans chaque commune, la force obligatoire et l'empire que chacune d'elles devait y acquérir.

Mais n'a-t-il pas été dérogé à cette Loi par celle du 13 juin 1791, relative à l'organisation du corps législatif, à ses fonctions et à ses rapports avec le chef du pouvoir exécutif?

L'art. 86 de cette Loi porte : « Les Lois seront envoyées à tous les corps administratifs, tribunaux et municipalités ». — Et l'art. 87 ajoute : « la transcription sur les registres, la lecture, la publication et affiche seront faites sans délai, aussitôt que les Lois seront parvenues aux tribunaux, corps administratifs et municipalités; *et elles seront mises à exécution* DANS CHAQUE DISTRICT, *à compter du jour où ces formalités y auront été remplies* ».

Si ces mots, *dans chaque district*, répondaient à ceux-ci, *dans chaque tribunal de district* ou *dans chaque administration de district*, sans contredit la Loi du 13 juin 1791 aurait remis en vigueur pour l'avenir, ce que la Loi du 2 novembre 1790 avait réglé, par sa première partie, pour le passé.

Mais, on le sait, le mot *district*, pris isolément, ne désignait, sous le régime de 1791, ni une administration, ni un tribunal; il désignait seulement l'arrondissement dans lequel le tribunal et le corps administratif qui y avaient été établis, exerçaient leurs fonctions. On pouvait bien, dans le langage vulgaire, se servir du seul mot *district*, pour désigner l'administration; mais le législateur devait parler et parlait en effet avec plus de précision, et l'on ne trouvera pas un seul texte dans lequel il ait qualifié ainsi une administration de district.

Cela posé, que signifie l'art. 87 de la loi du 13 juin 1791? Il signifie que les Lois seront obligations dans chaque arrondissement de district, dès qu'elles auront été lues, publiées et affichées dans les tribunaux, dans l'administration et dans les municipalités de cet arrondissement; ce qui n'est que la répétition, en d'autres termes, des dispositions de la seconde partie de la Loi du 2 novembre 1790.

Et la preuve que le décret dont il s'agit, n'avait pas d'autre objet que de renouveler les dispositions de cette Loi, c'est que par ceux des 2 octobre 1793 et 12 frimaire an 2, le législateur lui-même a déclaré, en termes formels, que les Lois n'étaient exécutoires dans chaque commune, qu'à compter du jour où elles y étaient publiées.

Cependant, nous devons convenir que la cour de cassation a, par trois arrêts positifs, décidé que, relativement aux objets soumis à la juridiction des tribunaux, ni la Loi du 2 novembre 1790 ni celle du 13 juin 1791 n'avaient dérogé à celle du 9 novembre 1789; qu'en conséquence, tant qu'avait duré le mode de publication qu'elles avaient établi, les Lois n'avaient pu devenir obligatoires que par la transcription, la publication et l'affiche qui en avaient été faites dans chaque tribunal de district; et que cette transcription, cette publication, cette affiche n'avaient pas eu besoin, pour les rendre obligatoires relativement à ces objets, d'être réitérées dans chaque commune.

Le 6 pluviose an 2, l'administration du département de la Seine-Inférieure, séant à Rouen, fait transcrire, publier, et afficher dans cette ville, la Loi du 17 nivose précédent. — Le 10 du même mois, décès de Marie-Catherine-Charlotte Hannoy, veuve Lebec, domiciliée dans la même ville. — Le 16 seulement, le tribunal du district de Rouen enregistre, publie et fait afficher la Loi du 17 nivose. — Et ce n'est que le 26, que cette Loi est transcrite sur les registres de la municipalité.

Question de savoir si la succession de la veuve Lebec doit être régie par la Loi du 17 nivose an 2, ou si c'est la coutume de Normandie qui doit en régler le partage. — Les sieurs Fossard et consorts soutiennent le premier parti; les sieurs Fréville et consorts soutiennent le second.

Le 5 prairial an 7, jugement en dernier ressort du tribunal civil du département de l'Eure, qui prononce en faveur des sieurs Fossard et consorts.

Les sieurs Fréville et consorts se pourvoient en cassation; et le 2 ventose an 9, au rapport de M. Coffinhal, arrêt par lequel, — « Vu la Loi des 7, 8, 10 octobre et 5 novembre 1789 (1), laquelle, après avoir ordonné, art. 8, que les Lois seraient adressées à tous les tribunaux, corps administratifs et municipalités, ajoute, art. 9... *Elles seront mises à exécution dans le ressort de chaque tribunal, à compter du jour où ces formalités y auront été remplies;* — La Loi du 2 novembre 1790, §. 1, 2 et 3 de la déclaration contenue dans son préambule...; les art. 1, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 et 16 de la même Loi.... Le Loi du 15 mars 1791, art. 10...., et enfin les art. 86 et 87 de la Loi du 13 juin 1791....; — Attendu que ces Lois sont les seules d'après lesquelles devait être jugée la question relative au partage de la succession dont il s'agit, ouverte dès le 10 pluviose an 2, puisque la Loi du 14 frimaire, même année, n'a pu devenir obligatoire que du jour où toutes les formes nouvelles qu'elle exigeait ont été remplies, et notamment du jour où les Lois ont été envoyées dans le bulletin, ce qui n'a commencé à avoir lieu qu'au 23 prairial suivant; — Attendu que la Loi du 12 vendémiaire an 4 est la première qui ait rendu les Lois obligatoires dans toute l'étendue de chaque

(1) C'est la même loi que nous avons précédemment citée sous la date du 9 novembre 1789, date qu'elle a effectivement dans le recueil de Baudoin.

Source : BIU Cujas

département, à compter du jour de leur envoi au chef-lieu du département, et qui ait dispensé de toutes les autres publications exigées par les Lois antérieures ci-dessus citées ;* que ces Lois exigeaient cumulativement la publication dans les tribunaux, dans les administrations de département et de district ; — Attendu que le §. 4 de la déclaration qui précède la Loi du 2 novembre 1790, n'est évidemment relatif qu'aux Lois qui avaient été précédemment publiées ; que la disposition par laquelle il déclare obligatoires ces Lois du moment où elles avaient été publiées, soit par le corps administratif, soit par le tribunal de l'arrondissement, n'est qu'une exception par laquelle la Loi a voulu seulement légitimer les publications qui n'avaient point été faites conformément aux règles prescrites par les Lois antérieures ; que l'art. 1er de cette même Loi, qui commence par ces termes *à l'avenir*, prouve évidemment que ce qui précède ne concerne que le passé, et que désormais il faudra se conformer aux règles contenues dans les 21 articles qui suivent ; — Que cette Loi, comme la précédente, de 1789, exige la publication, tant dans les tribunaux que dans les administrations de département et de district ; — Que cette dernière Loi ne s'explique point expressément sur l'effet que doit produire cette double publication exigée par elle, tant par les tribunaux que par les corps administratifs ; mais que la Loi d'octobre 1789, en déclarant que les Lois seraient mises à exécution dans le ressort de chaque tribunal à compter du jour où les formalités de la transcription et de la publication en auront été remplies, décide clairement que la Loi n'est obligatoire, à l'égard de l'ordre judiciaire et pour les tribunaux, que du jour auquel elle leur a été adressée et y a été transcrite ; et que la Loi de 1790 ne contenant aucune disposition dérogatoire ou contraire à celle de 1789, il en résulte que celle-ci subsistait encore dans toute sa force ; — Que d'ailleurs les Lois de 1789 et de 1790 ne peuvent être prises que comme exigeant cumulativement la double publication par les tribunaux et par les corps administratifs, en sorte qu'elles ne deviennent obligatoires que du jour où la double formalité a été remplie ; ou comme n'exigeant cette double publication que distributivement et relativement à la nature des Lois, en sorte qu'elles deviennent obligatoires du jour auquel elles ont été publiées par celle des autorités qui est chargée de leur application, c'est-à-dire, les Lois administratives du jour de leur publication par les autorités administratives, et les Lois civiles, criminelles et judiciaires, du jour de leur publication par les tribunaux ; — Que cette dernière manière d'appliquer les Lois de 1789 et 1790, outre qu'elle est plus conforme à la raison, l'est encore, 1° au texte précis de la Loi de 1789, qui ne déclare les Lois obligatoires dans le ressort des tribunaux que du jour de leur transcription et publication dans les tribunaux ; 2° au texte de l'art. 10 de la Loi du 15 mars 1791, qui déclare que le mandement de faire exécuter qui se trouve à la fin des Lois, n'a, à l'égard des corps administratifs, en ce qui concerne l'ordre judiciaire, que l'effet d'assurer l'exécution de la Loi lorsqu'ils en seront requis ; — Que cette vérité est confirmée par la disposition de l'art. 7 du tit. 2 de la Loi du 14 frimaire an 2, qui, quoiqu'elle ne soit point applicable à l'espèce, peut néanmoins servir à développer l'esprit de toutes les Lois antérieures relatives à la promulgation des Lois, lequel article porte : *l'application des Lois militaires appartient aux tribunaux militaires, celle des Lois administratives aux administrations de département, et enfin celle des Lois civiles et criminelles aux tribunaux ;* — Que la loi du 13 juin 1791 ne présente rien qui puisse la faire regarder comme ayant dérogé à celle de 1789, et autoriser à en conclure qu'il ait encore suffi, depuis la Loi de 1790, que les Lois eussent été promulguées par l'autorité administrative pour devenir exécutoires dans le ressort des tribunaux ; qu'en effet l'art 86 de cette Loi exige toujours l'envoi à tous les corps administratifs, tribunaux et municipalités ; que si l'art. 87 les déclare exécutoires dans chaque district, c'est après avoir exigé la transcription, lecture et publication par les tribunaux, corps administratifs et municipalités ; et que ce terme de *district* étant devenu, d'après les Lois d'août et de décembre 1790, une expression qui désignait également la division territoriale en tribunaux et en administrations de district, il s'applique à l'effet de la publication relativement au district des tribunaux, comme relativement au district administratif, chacun en ce qui le concerne ; — Attendu que les tribunaux ne peuvent s'écarter d'une Loi positive qu'autant qu'elle se trouve expressément abrogée par une Loi postérieure, ou que cette Loi postérieure contient une disposition inconciliable avec la précédente ; — Attendu enfin, qu'il résulte de tout ce qui précède, que le tribunal civil du département de l'Eure a violé les Lois précitées, en ce qu'en infirmant le jugement du tribunal civil du département de la Seine-Inférieure, qui avait déclaré la Loi du 17 nivose an 2 inapplicable, il a jugé, au contraire, que la succession dont il s'agit, ouverte le 10 pluviose an 2, avait été régie par cette Loi, qui, quoique publiée au département de la Seine-Inférieure le 6 pluviose, ne l'a été par la municipalité de Rouen que le 26, et par le tribunal du district que le 16 ; — Le tribunal casse et annulle le jugement rendu par le tribunal civil du département de l'Eure, le 5 prairial an 7, comme contraire aux Lois ci-dessus citées ».

Le 11 pluviose an 2, l'administration du département du Gard, séant à Nîmes, fait transcrire sur ses registres, publier à son audience, et afficher dans cette ville, la Loi du 17 nivose précédent. — Le 18 du même mois, Marie Cabanis, veuve Combes, meurt dans la même commune. — La Loi du 17 nivose n'est transcrite, publiée et affichée, de l'autorité du tribunal du district de Nîmes, que quelque temps après.

Source : BIU Cujas

La Loi du 17 nivose doit-elle régir la succession de la veuve Combes? Le 1er germinal an 7, le tribunal civil du département de l'Hérault juge pour l'affirmative, en faveur du sieur Maubec. — Recours en cassation de la part des sieur et dame Laborie.

Par arrêt du 14 frimaire an 10, au rapport de M. Coffinhal, et motivé comme celui du 2 ventose an 9, le jugement du tribunal de l'Hérault est cassé, « comme contraire aux Lois ci-dessus citées ».

Le 28 prairial an 2, Marie-Aimé-Prosper Gillardeau meurt dans la commune de Palluau, district de Châlans, département de la Vendée. — Son père se met en possession de toute sa succession. — En brumaire an 6, le sieur Cormier, du chef de sa femme, grand'tante maternelle du défunt, réclame la moitié de cette succession, comme dévolue à son épouse, en vertu de l'art. 184 de la coutume de Poitou. — Gillardeau père répond que la coutume de Poitou était, à l'époque du décès de son fils, abrogée par la Loi du 17 nivose an 2, qui, avant cette époque, avait été transcrite, publiée et affichée, tant de l'autorité de l'administration du département de la Vendée, que de celle de l'administration du district de Châlans. — Le 13 ventose an 7, jugement du tribunal civil du département de la Vendée, qui, « attendu que la Loi du 17 nivose an 2 n'avait pas été publiée dans la commune de Palluau, avant le décès dont il s'agit », ordonne que la succession sera, conformément à la coutume de Poitou, partagée par moitié entre Gillardeau père et la femme Cormier. — Gillardeau père appelle de ce jugement; et le 4 nivose an 8, « vu la loi du 7-18 avril 1792, portant liquidation d'offices de judicature et ministériels, et ainsi conçue: *décrète que le délai de deux mois accordé par la Loi du 3 avril 1791, pour faire la production des titres et obtenir l'intérêt du montant des liquidations, ne court que du jour de l'enregistrement et publication de ladite Loi, dans les différens districts, époque où les Lois deviennent obligatoires, conformément au décret du 2 novembre 1790* »; dit qu'il a été mal jugé, et déboute Cormier de sa demande.

Cormier se pourvoit en cassation; et le 28 floréal an 10, au rapport de M. Lasaudade, — « Vu l'art. 9 de la Loi du 5 novembre 1789, la Loi du 2-5 novembre 1790, la loi du 15-27 mars 1791, la Loi du 13-17 juin suivant; — Considérant qu'il résulte de ces Lois, que les Lois concernant l'ordre judiciaire, postérieures à celles ci-dessus citées, n'ont été obligatoires qu'à compter du jour de leur lecture et publication aux tribunaux de district ou d'arrondissement; — Considérant que la loi du 18 avril 1792, portant que le délai accordé pour faire la production des titres d'offices à liquider, ne court que du jour de l'enregistrement et publication de ladite Loi dans les différens districts, époque ou les Lois deviennent obligatoires, conformément au decret du 2 novembre 1790, sanctionné le 5 dudit mois, n'est qu'énonciative en cette partie; qu'elle n'est d'ailleurs relative qu'à des liquidations d'offices, qui sont des opérations purement administratives, et ne concernent en rien l'ordre judiciaire; — Considérant qu'à l'audience du 12 fructidor an 7, il avait été ordonné que Gillardeau rapporterait la preuve légale que la Loi du 17 nivose an 2 avait été publiée, soit à l'administration du département de la Vendée, soit à celle du district de Châlans, soit au tribunal de ce district; — Considérant que, d'après les faits constatés par le jugement du 4 nivose an 8, Gillardeau s'est contenté de produire des pièces tendantes à justifier de la publication faite par les administrations du département et du district; qu'il n'a rapporté, ni alors ni depuis, aucune preuve que cette Loi du 17 nivose an 2 ait été lue et publiée au tribunal du district de Châlans, antérieurement au 28 prairial de la même année; et qu'en jugeant cette preuve suffisante pour adjuger à Gillardeau père l'entière succession de son fils, le tribunal civil du département de Maine-et-Loire a violé les Lois ci-dessus rapportées, et a contrevenu par suite à la disposition de l'art. 184 de la coutume de Poitou; — Le tribunal casse et annulle..... »

Au surplus, de ce que la Loi du 2 novembre 1790 voulait que les Lois, pour être obligatoires, fussent publiées par affiches, il ne s'ensuit pas qu'à défaut de preuve positive que les Lois faites sous ce régime, ont été réellement affichées, on puisse juger que ces Lois n'ont pas dû être exécutées. C'est ce que la cour de cassation a décidé, par un arrêt du 1er floréal an 10, que l'on trouvera, avec les conclusions sur lesquelles il a été rendu, dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Loi*, §. 8.

Mais comment prouver, en cas de perte des registres d'un tribunal, qu'une loi faite sous le même régime, a été, dans le temps, transcrite sur ses registres, publiée et affichée?

Cette question s'est élevée au sujet de la succession du sieur Colinet, fils, mort le 15 brumaire an 3. — Le sieur Colinet père l'avait d'abord recueillie, comme y étant seul appelé par la Loi du 17 nivose an 2. — Après cinq ans de possession paisible, les sieurs Gaudin, oncles maternels du défunt, l'ont fait assigner devant le tribunal civil du département de la Vendée, pour se voir condamner à leur abandonner tous les biens de son fils, que la coutume de Poitou affectait à leur ligne; et le sieur Colinet leur ayant opposé la Loi du 17 nivose an 2, ils ont soutenu que cette Loi n'avait pas encore été publiée, à l'époque du décès de leur neveu, dans le ci-devant district de Châlans, lieu de la situation de ces biens; qu'elle n'avait même pas pu l'être, puisqu'elle avait paru dans un temps où le ci-devant district de Châlans était occupé par les rebelles de la Vendée. — Le sieur Colinet a répondu que le tribunal du district de Châlans avait repris, dès le mois de pluviose an 2, ses fonctions précédemment suspendues par la guerre civile; que depuis, et par l'effet d'une nouvelle invasion des Vendéens, les registres de ce

Source : BIU Cujas

tribunal avaient disparu ; mais qu'il n'en était pas pas moins notoire que ce tribunal y avait dans le temps consigné la Loi du 17 nivose ; qu'il l'avait même fait publier et afficher ; et il en a offert la preuve tant par titres que par témoins. — Le 28 messidor an 10, jugement qui admet la preuve offerte par le sieur Colinet. — Le sieur Colinet fait d'abord sa preuve littérale ; ensuite il produit ses témoins. — Le 14 thermidor de la même année, second jugement qui, sans avoir égard aux reproches des sieurs Gaudin, ordonne que ses témoins seront entendus. — Enfin le 14 fructidor suivant, troisième jugement qui déboute les sieurs Gaudin de leur demande. — Les sieurs Gaudin appellent de ces trois jugemens. — Par arrêt du 20 messidor an 11, « considérant que par l'état des registres du greffe du ci-devant tribunal de Châlans, il est constant que la dernière feuille du registre d'enregistrement des Lois en ce tribunal, finit au 7 avril 1792 ; — Qu'à l'époque où la Loi du 17 nivose an 2 a été envoyée aux tribunaux, celui de Châlans exerçant paisiblement ses fonctions, la présomption légale est qu'il publiait les Lois et en tenait registre ; que d'ailleurs, la préexistence de ces registres, pour les ans 2 et 3, est justifiée ; — Que la perte de ces registres, telle qu'on en supposât la cause, a constitué, par rapport à Colinet, une force majeure, en le mettant dans l'impossibilité d'y avoir recours ; que par conséquent il a dû être admis à la preuve supplétive, tant par titres que par témoins, de la publication de la Loi du 17 nivose au tribunal de district de Châlans, — Que si la réalité du fait de la publication de cette Loi se trouvait suffisamment justifiée, comme elle l'était en effet par les écrits produits au procès, il devenait superflu de s'occuper du mérite du procès-verbal d'enquête, ni des reproches fournis contre quelques un des témoins, et du contenu en leurs dépositions, la preuve vocale ne devant fixer les regards de la justice qu'à défaut ou en cas d'insuffisance de la preuve littérale ; — Qu'il résulte de l'instruction et des pièces du procès que, dès le principe, la Loi du 17 nivose an 2 a été seule régulatrice des successions et donations dans le ressort du ci-devant tribunal du district de Châlans ; que les frères Gaudin ont eux-mêmes soutenu que quiconque eût osé élever des doutes sur la nécessité de l'exécuter, eût compromis sa fortune et ses jours ; qu'ils l'ont exécutée comme les autres citoyens, dans la persuasion, ainsi qu'ils le disent eux-mêmes, qu'elle était exécutoire et légalement promulguée par le tribunal de Châlans ; — Qu'il est constant, dans le fait, que la Loi du 17 nivose an 2 a été envoyée le 11 pluviose à ce tribunal, comme aux autres tribunaux, et que ledit tribunal était alors en plein exercice de ses fonctions ; ce qui donne lieu de croire que l'exécution de cette Loi était la conséquence de sa réception et de sa publication ; — Qu'il résulte des lettres produites du ministre de la justice, que le commissaire Bourdin avait fait, dès le 2 pluviose, la demande des Lois qui pouvaient manquer ; qu'il n'a fourni l'état des lois manquantes que sur l'interpellation que lui en avait faite le ministre de la justice, le 23 pluviose, et par conséquent dans le courant de ventose ; que si la Loi du 17 nivose eût manqué de parvenir par l'envoi de pluviose, elle eût été comprise dans l'état des Lois manquantes et desquelles il est prouvé que l'envoi a été fait le 29 floréal, et la réception accusée par le commissaire ; — Qu'il résulte des divers accusés de réception du commissaire Bourdin, de ses lettres au ministre, et des lettres du même ministre, qu'il y a eu en l'an 2 une correspondance active, régulièrement suivie entre le tribunal de Châlans et le bureau de l'envoi des Lois ; qu'il résulte de ces mêmes accusés de réception, que ce tribunal faisait exactement publier les Lois et les consignait sur ses registres ; — Que si de la disparution des registres, on pouvait inférer que la Loi du 17 nivose n'a été ni promulguée ni reçue, autant on en pourrait dire de toutes les Lois, même de celles dont l'exécution est la plus incontestable, ce qui serait subversif du repos et de la tranquillité des peuples de la contrée ; — Qu'il résulte d'une sentence arbitrale du 12 thermidor an 3, que les juges de Châlans appliquaient la Loi du 17 nivose aux successions et donations ; qu'un jugement du 25 floréal an 3 prouve, non seulement l'application de cette Loi au tribunal de Châlans, mais encore l'envoi officiel au même tribunal, puisqu'il s'en tint à sa disposition relativement à son effet rétroactif, nonobstant l'exception tirée d'une Loi subséquente qui rapportait cet effet, et cela sur le motif que cette Loi subséquente n'était pas *parvenue officiellement*, quoique publiée par le bulletin de la convention nationale ; — Que d'ailleurs il est prouvé par l'accusé de réception du 15 floréal an 2, que la Loi du 22 ventose, interprétative de celle du 17 nivose précédent, était parvenue au tribunal de Châlans, et y avait été consignée sur ses registres ; que cette loi du 22 ventose a seule suffi pour faire cesser l'empire de la coutume de Poitou, et assurer à Colinet la succession de son fils ; puisque cette Loi, par ses art. 2, 49 et 51, consacre directement l'abolition des propres, des transmissions statutaires et la successibilité des ascendans à l'exclusion des collatéraux » ; — La cour d'appel de Poitiers confirme le jugement du 28 messidor an 8, portant admission de la preuve de la publication de la Loi du 17 nivose an 2 au tribunal de Châlans ; et sans avoir égard à celui du 14 thermidor suivant, comme inutile et surabondant, non plus qu'au jugement definitif du 14 fructidor de la même année, lequel est déclaré nul pour vice de forme ; faisant droit par jugement nouveau, déboute les sieurs Gaudin de leur demande, et maintient le sieur Colinet dans les biens litigieux.

Les sieurs Gaudin se pourvoient en cassation.

« Deux moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 18 thermidor an 12), vous sont proposés dans cette affaire, l'un de pure forme, l'autre tiré du fond de la cause.

» Le moyen de forme consiste à dire que le sieur

Source : BIU Cujas

Massé, qui avait donné des conclusions en première instance, comme remplaçant l'officier titulaire du ministère public, a concouru au jugement de la cause d'appel. — Mais déjà un moyen semblable a été proposé à la cour dans le cas inverse, et il l'a été sans succès. Le sieur Anthès demandait la cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Colmar, sur le fondement, entre autres, que le sieur Anthonin qui avait coopéré, comme président du tribunal civil du Haut-Rhin, au jugement de première instance, avait donné des conclusions sur l'appel en qualité de commissaire du gouvernement. Qu'a décidé la cour? Par arrêt rendu à la section civile, le 12 nivose an 12, au rapport de M. Rousseau, la demande du sieur Anthès a été rejetée, « attendu qu'aucune Loi ne défend à celui qui a exercé la fonction de juge en première instance, de porter la parole, comme chargé du ministère public, dans un siège supérieur, s'il est appelé à ces fonctions; qu'il ne paraît pas d'ailleurs qu'il y ait eu de réclamation à ce sujet de la part du demandeur. — Si, comme le décide cet arrêt, on peut donner des conclusions sur l'appel, après avoir été juge en première instance, il n'y a nulle raison pour qu'on ne puisse pas, après avoir donné des conclusions en première instance, être juge en cause d'appel. D'ailleurs, ici, comme dans l'affaire du sieur Anthès, il n'y a eu de la part des demandeurs, aucune opposition à ce que le sieur Massé prît part au jugement de la cour d'appel de Poitiers. — Ainsi, double raison pour rejeter le moyen de forme des demandeurs.

» Au fond, la cour d'appel de Poitiers aurait certainement violé la Loi du 2 novembre 1790, concernant la publication des Lois nouvelles, si elle eût jugé, comme l'avait fait le tribunal civil de Maine-et-Loire dans l'affaire du sieur Cormier, sur laquelle est intervenu l'arrêt de cassation du 28 floréal an 10, que la Loi du 17 nivose an 2 était devenue exécutoire dans le ci-devant district de Châlans, par le seul effet de sa publication à l'administration départementale de la Vendée. — Mais ce n'est point là ce qu'a jugé la cour d'appel de Poitiers; elle a seulement jugé qu'il y avait preuve suffisante d'un fait qui n'était nullement constaté dans l'affaire du sieur Cormier, savoir, que la Loi du 17 nivose an 2 avait été publiée au tribunal du district de Châlans, à l'époque du décès du jeune Colinet.

» La cour d'appel de Poitiers aurait également violé la loi du 2 novembre 1790, si, dans le cas où il eût existé au greffe du tribunal de Châlans, des registres de publication des Lois de l'an 2, elle eût, d'après des faits, d'après des présomptions, d'après des actes quelconques, jugé que la Loi du 17 nivose avait été, dans le temps, publiée par ce tribunal, sans que le jugement de publication fût rapporté.

» Mais il est constant, en fait, que l'on ne trouve au greffe du tribunal de Châlans aucun des registres de publication des Lois, non seulement en l'an 2, mais même en 1793 et en l'an 3. — Cela posé, de deux choses l'une : — Ou il faut aller jusqu'à dire qu'aucune Loi n'a été publiée au ci-devant tribunal de Châlans pendant ces trois années, proposition absurde et démentie par l'exécution qu'une foule de Lois émanées de la convention nationale, pendant ces trois années, ont constamment reçue dans cet arrondissement; — Ou il faut reconnaître qu'à défaut de registres, la preuve de la publication de la Loi du 17 nivose an 2 dans le tribunal de Châlans, doit résulter de la preuve du fait que cette Loi a été exécutée dans le ressort de ce tribunal.

» S'il en était autrement, il faudrait donc regarder comme non enregistrées dans les ci-devant parlemens toutes les Lois antérieures au 5 novembre 1790, dont l'arrêt d'enregistrement ne serait pas rapporté. Mais alors quel désordre, quel bouleversement, quelle anarchie! — Et comment prouve-t-on aujourd'hui que telle Loi de l'ancien régime a été enregistrée dans tel parlement? on le prouve par l'exécution qu'elle a reçue dans le ressort de cette cour. — Pourquoi donc n'en serait-il pas de même ici? Où il y a identité de raison, il doit y avoir aussi identité de décision?

» Or, dans le fait, la cour d'appel de Poitiers a jugé que la Loi du 17 nivose an 2 avait été exécutée dans le ressort du tribunal du district de Châlans. Les demandeurs eux-mêmes l'ont avoué dans les termes les plus formels. — Ils ont fait plus; ils ont traité en l'an 4 avec leur adversaire comme héritier de son fils en vertu de la Loi du 17 nivose an 2, et ils savaient bien alors que l'effet rétroactif de cette Loi était abrogé. Ils ont donc alors reconnu que cette Loi avait été publiée dans le ci-devant tribunal de Châlans. C'était donc à eux à prouver le contraire, et ils ne l'ont pas fait. Il a donc été bien jugé par l'arrêt qu'ils attaquent; et nous estimons, en conséquence, qu'il y a lieu de rejeter leur requête ».

Par arrêt du 18 thermidor an 12, au rapport de M. Lombard-Quincieux, — « Attendu qu'il est constant que les registres concernant la publication des Lois au tribunal du district de Châlans, ont été enlevés, ou détruits, ou perdus; que dès-lors, la cour d'appel de Poitiers a pu ériger en point de fait, d'après les preuves littérales produites, que la loi du 17 nivose an 2, sur les successions, avait été publiée à ce tribunal de Châlans, avant le décès de Henry-François-Guillaume Colinet, arrivé le 15 brumaire an 3, sans faire infraction à aucune Loi; — Que n'y ayant point eu de récusation proposée, le sieur Massé a pu être juge dans l'arrêt attaqué, quoiqu'il eût conclu, comme commissaire, dans un jugement préparatoire de première instance dans la même affaire; et qu'au surplus, il n'est pas justifié que ce soit le même individu, dénommé Massé, qui a conclu, en qualité de commissaire, dans le jugement préparatoire de première instance, et ensuite été juge dans l'arrêt attaqué; — La cour rejette.....».

IV. Le mode de publication des Lois fut changé

Source : BIU Cujas

par la Loi du 14 frimaire an 2. Comme on l'a vu plus haut, §. 4, la convention nationale ordonna par cette Loi, l'impression d'un bulletin dans lequel toutes les Lois seraient transcrites, et qui serait adressé à toutes les autorités constituées ; et elle décida que la Loi ne serait obligatoire dans chaque commune, que du jour où le n° du bulletin qui la renfermerait, y aurait été publié à son de trompe ou de tambour.

Mais, comme le remarque l'arrêt de la cour de cassation du 2 ventose an 9, rapporté ci-devant, n. 3, ce mode de publication n'a été mis en activité que le 23 prairial an 2 ; et jusqu'à cette époque, les Lois n'ont pu devenir obligatoires que de la manière réglée par la Loi du 2 novembre 1790.

V. La Loi du 12 vendémiaire an 4 supprima les publications au son de trompe ou au bruit du tambour ; mais elle conserva l'usage d'un bulletin officiel, que le ministre de la justice fut chargé d'adresser aux administrations départementales et municipales, aux tribunaux et à un grand nombre de fonctionnaires publics ; et elle déclara que les Lois obligeraient, dans chaque département, du jour où le bulletin serait distribué au chef-lieu.

De là, la question de savoir, si, sous l'empire de la Loi du 12 vendémiaire an 4, les Lois qui parvenaient à un tribunal plutôt qu'à l'administration centrale du département, étaient, dès ce moment, obligatoires dans l'arrondissement de ce tribunal?

Le 2 messidor an 3, le sieur Pène souscrit au profit du sieur Touya, deux billets à ordre, l'un de 11,000, l'autre de 10,000 francs, payables dans six mois à Orthèz. — A l'échéance, ni le sieur Touya ni personne pour lui ne se présente pour toucher le montant des deux billets. — Le 8 nivose an 4, le sieur Pène écrit au sieur Touya, pour l'inviter à venir recevoir l'une et l'autre somme. — Le sieur Touya lui envoie, pour toute réponse, une copie de la Loi du 12 frimaire précédent, aux termes de laquelle, « tout créancier qui se croira lésé par le paiement ou remboursement qui lui serait offert de capitaux à lui dus par obligations publiques ou privées, antérieures au 1er vendémiaire, autres que les effets de commerce de négociant à négociant, sera libre de le refuser, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné ». — Le 13 du même mois, le sieur Touya fait signifier au sieur Pène un acte par lequel il déclare s'opposer à tout paiement ou dépôt que celui-ci prétendrait faire du montant des deux billets à ordre. — Le 16, nonobstant cette signification, le sieur Pène, se fondant sur la Loi du 6 thermidor an 3, consigne entre les mains du receveur de l'enregistrement d'Orthèz, la somme de 21,000 francs. — Deux ans après, le sieur Touya fait assigner le sieur Pène devant le tribunal civil du département des Basses-Pyrénées, pour se voir condamner à lui payer la somme de 21,000 francs, sur le pied de la réduction qui en sera faite conformément aux Lois sur les transactions passées pendant le cours des assignats. — Le 18 thermidor an 6, jugement qui y condamne en effet le sieur Pène. — Appel de la part de celui-ci, fondé, 1° sur ce que les billets dont il est question, sont des *effets de commerce de négociant à négociant*, et par conséquent exceptés de la disposition de la Loi du 12 frimaire an 4; 2° sur ce que cette Loi n'était parvenue au chef-lieu du département des Basses-Pyrénées, que le 12 pluviose suivant; et qu'ainsi, elle n'était pas encore obligatoire à Orthèz, au moment où avait été faite la consignation des 21,000 francs. — Le 9 pluviose an 7, jugement du tribunal civil du département des Hautes-Pyrénées, qui confirme celui du 18 thermidor an 6, « attendu, 1° que la Loi du 6 thermidor an 3 n'autorisait le débiteur d'un billet à ordre à en consigner le montant, faute de présentation à l'échéance, qu'à cause de l'impossibilité où il était présumé être de connaître le porteur; qu'ainsi, cette Loi est inapplicable à l'espèce, puisque, soit par sa lettre du 8 nivose an 4, soit par l'opposition à lui signifiée le 13 du même mois, le sieur Pène était certain que le sieur Touya n'avait pas négocié les billets dont il s'agit; 2° que ces billets, quoiqu'effets de commerce, ne sont pas compris dans l'exception de la Loi du 12 frimaire an 4, puisque ni le sieur Pène ni le sieur Touya n'étaient négocians, soit à l'époque de la création de ces billets, soit à celle de leur échéance; 3° que la Loi du 12 frimaire an 4 avait été publiée au tribunal correctionnel et en la justice de paix d'Orthèz, dès le 28 du même mois ».

Le sieur Pène se pourvoit en cassation contre ce jugement; et par arrêt du 13 brumaire an 10, au rapport de M. Oudot, — « Vu les art. 11 et 12 de la Loi du 12 vendémiaire an 4; — Attendu que la Loi du 12 frimaire an 4 n'a été reçue au chef-lieu du département des Basses-Pyrénées, que le 12 pluviose suivant; que ce n'est que du jour de cette réception, que cette Loi, suivant celle du 12 vendémiaire an 4, est devenue obligatoire dans l'étendue de ce département; — Attendu que les tribunaux civils des Hautes et Basses-Pyrénées, sans avoir égard aux dispositions citées de la Loi du 12 vendémiaire an 4, se sont décidés, dans leurs jugemens, sur le motif que la Loi du 12 frimaire an 4 avait été enregistrée et publiée le 28 du même mois dans la commune d'Orthèz; — D'où il suit que le tribunal civil du département des Hautes-Pyrénées a contrevenu aux art. 11 et 12 de la Loi du 12 vendémiaire an 4, ci-dessus transcrits; — Le tribunal casse et annulle....; renvoie les parties devant le tribunal d'appel de Pau.... ».

Le 25 janvier 1806, arrêt par lequel, — « Considérant que le mérite de l'appel interjeté par le sieur Pène du jugement... du 18 thermidor an 6, dépend de la validité ou invalidité du dépôt des sommes consignées par ledit sieur Pène dans les mains du receveur de l'enregistrement à Orthèz, à la date du 16 nivose an 4; que pour la justification de sa validité, il n'est ni fondé ni possible d'admettre le moyen pris dans l'intérêt du sieur Touya, de ce que, suivant l'interprétation donnée à la Loi du 6

Source : BIU Cujas

thermidor an 3, cette Loi, ainsi qu'on l'a soutenu pour cette partie, ne serait applicable qu'aux seuls effets qu'elle énonce consentis de négociant à négociant; — Que le texte formel de la Loi résiste à cette interprétation, puisqu'il est littéral dans les expressions de l'art. 1er, qu'elle comprend et embrasse généralement toute sorte de débiteurs en vertu d'effets négociables sans distinction, ces effets se trouvant uniquement et textuellement spécifiés dans la Loi par leur nature et non par la qualité des parties intéressées, et la faculté de les négocier ne convenant pas moins au surplus au citoyen ordinaire, qu'au négociant par état, puisque le premier, ainsi que le second, peut à son gré passer en faveur de tierces personnes, les effets dont il s'agit, par la seule voie de l'endossement, indépendamment de toute cession et de tout transport ordinaires; — Considérant toutefois qu'il n'est pas indifférent de remarquer qu'il paraît constant en fait dans la cause, et que le sieur Pène avait la certitude, que les billets à ordre par lui consentis en faveur du sieur Touya, n'avaient point passé en d'autres mains, et qu'ils se trouvaient encore effectivement dans celles dudit sieur Touya lorsqu'il consigna les sommes dont il était débiteur, au bureau du receveur de l'enregistrement à Orthès; en sorte que, dans le fait, l'inconvénient de la circulation desdits effets, auquel la Loi du 6 thermidor an 3 avait voulu remédier, ne se rencontrait point dans ce cas; — Considérant en outre, dans le fait, que la Loi du 12 frimaire an 4 autorisa généralement le refus du remboursement des capitaux dus par des obligations antérieures au 1er vendémiaire précédent, à l'exception des seuls effets de commerce, de négociant à négociant; que rien n'établit que le sieur Touya et le feu sieur Pène eussent cette dernière qualité à l'époque où les deux billets furent faits, et à celle du dépôt du montant des sommes qu'ils contiennent, par ledit sieur Pène, le 16 nivose an 4, tandis que plusieurs circonstances reconnues, établies et non contestées dans la cause, concourent à manifester et à prouver sans doute et sans équivoque, qu'ils n'étaient réellement négocians ni l'un ni l'autre aux susdites époques; que la Loi du 12 frimaire précitée est incontestablement dérogatoire à celle du 6 thermidor précédent, sauf quant aux seuls effets de commerce de négociant à négociant; et que la lecture et la publication de cette Loi à l'audience du tribunal civil du département des Basses-Pyrénées, eurent lieu dès le 1er nivose an 4, et furent constatées d'après la formule régulièrement usitée sur les registres dudit tribunal, à l'instar de toutes les autres Lois qui lui parvenaient journellement, par l'envoi officiel du ministère de la justice dans les termes suivans: — *Ce jourd'hui, sur la présentation et réquisition du commissaire provisoire du directoire exécutif, il a été procédé à la lecture et publication des Lois ci-après: — Bulletin des Lois de la république française, an 4 de la république, n° 9. Loi qui autorise le refus du remboursement de capitaux dus par obligations antérieures au 1er vendémiaire, du 12 frimaire; Loi, etc.. Sur quoi, le tribunal donne acte au commissaire provisoire du directoire exécutif de la lecture et publication des Lois dont s'agit; ordonne qu'elles seront consignées sur le registre pour être exécutées selon leur forme et teneur comme Lois de la république;* — Considérant aussi enfin, dans le fait, qu'il paraît que la réception et distribution du Bulletin contenant la même Loi précitée ne furent constatées sur le registre de l'administration centrale du département, qu'à la date *seulement du 12 pluviose;* — Considérant, dans le droit, que le moyen opposé par le sieur Pène contre l'application de cette Loi provoquée par le sieur Touya, que le premier infère de ce que la même Loi n'aurait été promulguée dans le département des Basses-Pyrénées que postérieurement, en parlant de cette dernière constatation, et près d'un mois après le dépôt effectué par le feu sieur Pène, le 16 nivose an 4, ne paraît pas devoir être accueilli en principe et qu'il entraînerait d'ailleurs des inconvéniens trop graves et trop contraires à l'esprit et à la lettre même de la législation de l'an 4, pour pouvoir être justement adopté; qu'en effet la Loi du 12 vendémiaire an 4, concernant l'envoi et la publication des Lois, dont on excipe en faveur du sieur Pène, détermine encore par ses art. 4 et 5, un mode absolument uniforme de donner connaissance des Lois rendues, aux différentes autorités constituées, soit administratives, soit judiciaires, et d'en opérer ainsi la publicité consistante dans l'envoi officiel qui doit leur en être fait par le ministre de la justice, et que cette uniformité parfaite dans ce moyen, suppose et embrasse déjà nécessairement jusque-là l'identité de la fin, qui est l'obligation et l'exécution universelle de la Loi dans l'État; que celle précitée s'exprime ainsi à la vérité dans l'art. 12: *néanmoins les Lois et actes du corps législatif obligeront, dans l'étendue de chaque département, du jour auquel le bulletin officiel où ils seront contenus, sera distribué au chef-lieu du département; ce jour sera constaté par un registre où les administrateurs de chaque département certifieront l'arrivée de chaque numéro;* mais qu'il importe de remarquer que l'art. 11 supprime les formes antérieures de la publication des Lois, autorisant toutefois nommément et d'une manière distincte, le directoire exécutif et chaque administration départementale ou municipalité, ou de bureau central dans les municipalités au-dessus de cent mille habitans, à ordonner, suivant les circonstances, telles de ces formalités particulières qu'ils pourront juger convenables; que l'art. 12 disposant immédiatement après, sa contexture même grammaticale indique d'abord assez que son premier objet a été de déterminer que les Lois seraient désormais obligatoires, malgré l'absence des formes antérieures abrogées par l'art. 11; qu'en admettant au surplus qu'à raison des rapports plus actifs et des communications souvent plus promptes du gouvernement avec les corps administratifs, à l'époque dont il s'agit, le législateur ait voulu, quoiqu'il ne l'ait

Source : BIU Cujas

pas dit formellement, que du moment de la réception du bulletin officiel par l'administration centrale, les Lois y contenues seraient généralement obligatoires et exécutoires dans chaque département pour toutes les autorités et pour tous les citoyens, on ne saurait en conclure, à moins d'une dérogation la plus expressement déclarée, qu'il ait été dans son intention d'intervertir et d'anéantir totalement sur un point aussi important du droit public, la distinction et l'indépendance constitutionnelle, des différens pouvoirs, de manière à conduire, comme au cas présent, à ce résultat étrange et de la conséquence la plus funeste, que tandis que l'on avait acquis la notoriété de la Loi par la voie de la première autorité judiciaire du chef-lieu du département, recevant le même envoi officiel que l'administration centrale, elle aurait dû rester absolument et indéfiniment paralysée dans la main du magistrat, pour attendre passivement la constatation mécanique de sa réception sur un registre, dans le bureau de l'administration; qu'il est sans doute plus juste, plus naturel et mieux fondé de penser que, si le législateur a voulu, par de nouvelles mesures, accélérer l'exécution de la Loi, et que, dans cette vue, elle fût obligatoire du moment qu'elle serait parvenue aux administrations centrales, il n'a point entendu priver les citoyens du même avantage, lorsque la publicité émanerait de la réception antérieure et constitutionnelle par les autorités judiciaires; l'article cité ne s'exprimant pas d'ailleurs en termes exclusifs, et ne disant point que les Lois ne seraient obligatoires dans chaque département, que du jour qu'elles seraient parvenues à l'administration centrale; — Que l'opinion contraire, soutenue pour le sieur Pène dans l'espèce de la cause, serait d'autant plus inconciliable avec l'esprit et la lettre de la législation touchant la matière dont il s'agit, qu'il est connu qu'une Loi antérieure, celle du 25 messidor an 3, suspensive de certains remboursemens et rendue à une époque peu favorable pour les créanciers, détermine que la suspension qu'elle autorise, aura lieu du jour même de sa date; et que cependant celle du frimaire, portée dans une circonstance tellement critique qu'elle qualifie elle-même de vols les paiemens faits en assignats, n'aurait dû recevoir son exécution, d'après le système du sieur Pène, que deux mois après qu'elle aurait été rendue; diversité qui présente, dans l'effet de ces deux Lois, un contraste vraiment intolérable; — qu'enfin le sieur Pène n'ayant pu ignorer ni méconnaître l'existence de la Loi du 12 frimaire, dont ledit Touya avait même déclaré se prévaloir contre lui, soit dans son acte extrajudiciaire du 10 nivose an 4, soit dans sa correspondance antérieure, il n'y a eu ni bonne foi ni loyauté, de la part dudit sieur Pène, à vouloir éteindre des créances fondées en titre, par un paiement en valeurs presqu'entièrement illusoires, qui ne saurait être legitimé ni dans l'ordre moral ni dans celui de la Loi positive; — Qu'ainsi, le tribunal civil du département des Basses-Pyrenées, qui avait constaté sur ses registres, dès le 1er nivose an 4, plusieurs jours avant le dépôt du 16 du même mois, la lecture et la publication de la Loi précitée à son audience, pour être exécutée selon sa forme et teneur, l'a justement appliquée dans son jugement du 18 thermidor an 6; — La cour (d'appel de Pau) dit avoir été bien jugé et mal appelé... ».

Le sieur Pène se pourvoit de nouveau en cassation, et obtient, le 9 décembre 1806, un arrêt qui lui permet de faire citer le sieur Touya devant les sections réunies.

Le 27 février suivant, cet arrêt est signifié *au sieur Touya, demeurant en la ville de Pau, rue de la Volaille, maison de Saint-Guily, en son domicile, en parlant à la servante du sieur Touya, son frère,* avec assignation à comparoir devant les sections reunies de la cour de cassation, dans le délai du règlement.

Le sieur Touya, sans représenter cette assignation, et insinuant même qu'elle ne lui est pas parvenue, fait signifier, le 23 juin 1807, un mémoire par lequel il demande qu'elle soit annullée, d'après l'art. 68 du Code de procédure civile; et qu'en conséquence le sieur Pène soit déclaré déchu de son recours en cassation, pour n'avoir pas notifié son arrêt d'admission dans les trois mois de sa date.

Par une autre requête du 25 juillet suivant, le sieur Touya soutient subsidiairement qu'au fond, la cour d'appel de Pau n'a violé aucune loi, et que la demande en cassation du sieur Pène doit être rejetée.

C'est en cet état que l'affaire est portée, le 7 août 1807, à l'audience des sections réunies.

« Notre premier devoir dans cette affaire (ai-je dit à cette audience), est d'examiner si le sieur Touya est fondé dans sa demande en déchéance, ou, ce qui revient au même pour le résultat, si la signification qui lui a été faite le 27 février dernier, de l'arrêt de la section des requêtes du 9 décembre 1806, est valable ou nulle.

» Cette signification a été faite, non pas à la personne, mais au domicile du sieur Touya; et la copie en a été remise, non pas à un parent, non pas à un serviteur du sieur Touya, mais à la servante de son frère.

» Si nous devions l'apprécier d'après les règles auxquelles les ajournements étaient soumis avant la mise en activité du Code de procédure, nous ne trouverions aucune difficulté à la regarder comme valable.

» En effet, avant le Code de procédure, on ne connaissait à Pau, ni l'ordonnance de 1539, dont l'art. 22 voulait que les exploits fussent remis aux *gens de journée, aux serviteurs* des personnes auxquelles on les signifiait, ni l'ordonnance de 1667, qui d'ailleurs ne contenait sur ce point aucune disposition nouvelle: on n'y connaissait, en matière d'ajournemens et de significations, que des règlemens locaux; et l'on ne vous a cité aucun texte de ces règlemens d'où l'on puisse induire qu'un exploit fût nul, lorsque la copie en était remise au domi-

Source : BIU Cujas

cile de la personne ajournée, en parlant au domestique de son frère.

» Mais est-ce bien à ces réglemens que l'on doit ici s'attacher? Ce qui pourrait d'abord le faire penser ainsi, c'est que la signification faite au sieur Touya, le 27 février dernier, ne l'a été que par suite d'un procès commencé avant le 1er janvier précédent, que par suite d'une demande en cassation admise dès le 9 décembre 1806; et qu'aux termes de l'art. 1041 du Code de procédure civile, entendu dans le sens fixé par l'avis du conseil d'état du 6 janvier 1807, on doit encore suivre les anciens réglemens dans les procès qui étaient commencés avant le 1er du même mois.

» Cependant, MM., si vous considérez que, relativement au sieur Touya, l'instance en cassation n'a véritablement commencé que par la signification de l'arrêt portant admission de la requête de son adversaire, vous penserez sans doute que cette signification a dû être faite dans la forme prescrite par le Code de procédure civile.

» Or, l'art. 68 de ce Code veut, sous la peine de nullité prononcée par l'art. 70, que tous les exploits d'ajournement soient faits *à personne ou domicile*; et que si *l'huissier ne trouve au domicile ni la partie ni aucun de ses parents ou serviteurs, il remettra de suite la copie à un voisin qui signera l'original.*

» Dans notre espèce, l'huissier du sieur Pène n'a trouvé au domicile du sieur Touya que la servante du frère de celui-ci. A-t-il donc pu remettre la copie de son exploit à cette servante? N'était-il pas de son devoir de la remettre à un voisin, en lui faisant signer l'original? et dès-là, ne devons-nous pas regarder la signification comme nulle?

» A la première vue, l'affirmative paraît ne devoir souffrir aucune difficulté. Mais en y réfléchissant, on se sent forcé, pour ainsi dire, de la repousser, et comme trop rigoureuse, comme donnant trop d'avantage à un système évidemment chicanier, et même comme contraire au véritable sens de la Loi.

» Fixons-nous d'abord sur les faits. L'exploit du 27 février constate que la copie en a été remise au domicile du sieur Touya. Et ce domicile, où est-il? Le sieur Touya convient lui-même qu'il habite l'une des chambres d'un appartement qu'occupe le sieur Jean Touya, l'un de ses frères; et c'est d'ailleurs un point clairement justifié par l'exploit de saisie du 22 fructidor an 13, qui est sous vos yeux. C'est donc à la servante du sieur Jean Touya, frère et commensal du défendeur, qu'a été remise la copie de l'exploit.

» Or, lorsque le parent de la partie demeure avec elle, le serviteur du parent est, en quelque sorte, le serviteur de la partie elle-même. Il entre, comme le serviteur de la partie elle-même, dans la composition de la famille de celle-ci. On peut donc lui remettre un exploit ni plus ni moins qu'à la partie elle-même. Car l'esprit de l'art. 68 du Code est uniquement d'exiger que l'exploit soit remis suivant l'expression de Guypape, Quest. 191 et 628, *alicui ex familiâ.*

» Il n'y a donc aucune irrégularité à reprocher à la signification faite au sieur Touya le 27 février dernier; et dès-lors, nous devons, sans hésiter, passer à l'examen des moyens de cassation qui vous sont proposés.

» Ces moyens vous présentent deux questions à résoudre: — La 1ere, si la loi du 12 frimaire an 4 est devenue obligatoire à Orthès, soit par l'effet de la publication qui en avait été faite, le 28 du même mois, aux audiences du tribunal correctionnel et de la justice de paix de cette ville, soit par l'effet de la publication qui en avait été faite, le 1er nivose suivant, à l'audience du tribunal civil du département des Basses-Pyrénées; ou si elle n'y a acquis une autorité véritablement législative, que par l'arrivée du bulletin qui la contenait, au secrétariat de l'administration centrale du même département, arrivée qui ne date bien constamment que du 12 pluviose an 4; — La seconde, si en supposant que la Loi du 12 frimaire an 4 ne fût pas encore obligatoire à Orthès le 14 nivose de la même année, jour de la consignation dont il s'agit, cette consignation était, dans les circonstances particulières de la cause, autorisée par la loi du 6 thermidor an 3.

» La première question dépend de deux principes qui ne sont ni ne peuvent être contestés: l'un, que la Loi n'oblige que lorsqu'elle est connue; l'autre, que la loi n'est censée connue que du jour où ont été remplies les conditions requises par le législateur, pour que la notoriété en soit réputée constante et universelle.

» Une Loi n'est donc pas obligatoire dans un lieu, par cela seul que son existence et ses dispositions y sont connues de fait, soit de tout le monde, soit de certaines personnes seulement. Pour qu'elle y soit obligatoire, il faut qu'elle y ait acquis la notoriété de droit.

» Cette notoriété de droit, comment se formait-elle avant la loi du 12 vendémiaire an 4?

» Elle se formait, sous l'empire de la loi du 2 novembre 1790, par la lecture publique aux audiences des tribunaux et des corps administratifs, par l'enregistrement aux greffes ou secrétariats de ces autorités, mais sur-tout par l'affiche. Telles étaient les dispositions des art. 10, 12, 15 et 16 de cette loi. *Les corps administratifs*, portaient notamment ces articles, *publieront dans la ville où ils sont établis, par placards imprimés et affichés, toutes les lois qu'ils auront transcrites..... Dans la huitaine, le tribunal sera tenu d'en faire faire la transcription et la publication, tant par la lecture à l'audience que par placards affichés.*

» A ces formalités, la loi du 14 frimaire an 2 en substitua d'autres: elle ordonna que les lois fussent imprimées dans un bulletin officiel, que ce bulletin fût adressé à toutes les autorités, et que les lois

Source : BIU Cujas

renfermées dans chaque numéro de ce bulletin, fussent obligatoires *dans chaque lieu, à compter du jour de la proclamation* qui en serait faite *à son de trompe ou de tambour :* ce sont les termes de l'art. 9.

» La Loi du 12 vendémiaire an 4 maintint l'établissement du bulletin des lois ; mais elle introduisit, sur la manière de former la notoriété de droit de l'existence et des dispositions des Lois nouvelles, un mode tout différent de celui qu'avaient adopté les Lois précédentes. D'abord, par l'art. 11, elle ordonna qu'il ne serait *plus fait de publication de Lois par lecture publique, par réimpression ni affiche, ni à son de trompe ou de tambour*, à moins que ces formalités ne fussent prescrites formellement *par un article de la Loi*, ou que le gouvernement et les administrations, soit départementales, soit municipales, ne jugeassent convenable, de les prescrire pour donner aux Lois une plus grande, mais surabondante notoriété.

» Ensuite, par l'art. 12, elle voulut que les *Lois* obligeassent, *dans l'étendue de chaque département, du jour auquel le bulletin officiel où elles* seraient *contenues*, serait *distribué au chef-lieu du département ;* et elle ordonna que ce jour fût *constaté par un registre où les administrateurs de chaque département* certifieraient *l'arrivée de chaque numéro.*

» Cette manière de former la notoriété légale de l'existence et des dispositions des lois nouvelles, qui a subsisté jusqu'à la promulgation du Code Napoléon, était-elle tellement absolue, tellement exclusive, qu'elle ne pût être remplacée par la lecture publique que les tribunaux faisaient faire à leurs audiences, des lois qui leur parvenaient par la voie du bulletin ?

» Oui, sans doute, et il y en a une raison aussi simple que tranchante. La Loi du 12 vendémiaire an 4 voulait que le bulletin des lois fût adressé, non seulement aux administrations départementales, mais encore aux tribunaux civils et criminels de département, mais encore aux tribunaux correctionnels, mais encore aux justices de paix. En disposant ainsi, elle prévoyait bien que, dans chaque département, il y aurait des tribunaux qui, plus rapprochés de Paris que le chef-lieu, recevraient le Bulletin des Lois avant l'administration départementale. Cependant elle n'a pas dit que ces tribunaux regarderaient les Lois comme obligatoires pour eux et pour les citoyens de leurs arrondissemens respectifs, du jour où le bulletin qui la contiendrait, leur serait parvenu : elle a dit au contraire que, *dans l'étendue de chaque département*, les Lois seraient obligatoires du jour de l'arrivée du bulletin au chef-lieu ; et par conséquent elle a voulu que, même pour les tribunaux qui recevraient les Lois avant l'administration départementale, les Lois ne fussent obligatoires qu'à compter du jour où l'administration départementale les aurait reçues.

» On conçoit d'ailleurs facilement pourquoi elle l'a ainsi voulu. Les Lois des 2 novembre 1790 et 14 frimaire an 2 avaient l'inconvénient de laisser, sur l'époque où la Loi avait acquis la notoriété de droit dans chaque localité, des incertitudes qui entravaient perpétuellement la marche des affaires. La Loi du 12 vendémiaire an 4 a cherché un remède à cet inconvénient, et elle l'a trouvé, sinon pour toute la France, au moins pour chaque département, dans la mesure qu'elle a prise, de fixer la force d'exécution de la Loi au jour de son arrivée au chef-lieu. C'est donc aller tout à la fois, et contre le texte et contre le but de la Loi du 12 vendémiaire an 4, que de juger, comme l'a fait la cour d'appel de Pau, que, sous l'empire de cette Loi, les actes du corps législatif pouvaient devenir obligatoires dans l'arrondissement d'un tribunal, avant qu'ils fussent parvenus à l'administration centrale du département.

» C'est ainsi au surplus que la Loi du 12 vendémiaire an 4 a toujours été entendue et pratiquée. Témoin entre autres, l'arrêté du 12 prairial an 4, par lequel le directoire exécutif, « considérant qu'il importe que les autorités constituées de chaque département connaissent, d'une manière précise, l'époque de l'arrivée du Bulletin des Lois à l'administration centrale de ce département, *époque à compter de laquelle seulement les Lois et arrêtés du directoire exécutif qui y sont insérés, deviennent obligatoires*, conformément à l'art. 12 de la Loi du 12 vendémiaire dernier; — arrête que le commissaire du pouvoir exécutif près l'administration centrale de chaque département, fera parvenir, le premier jour de chaque décade, à toutes les autorités constituées établies dans l'arrondissement du département, un tableau signé de lui, des numéros du Bulletin des Lois reçus dans la décade précédente, avec la désignation précise du jour de l'arrivée de chacun ».

» Mais nous raisonnons comme si, abstraction faite de l'art. 12 de la Loi du 12 vendémiaire an 4, la publication qui avait été faite de la Loi du 12 frimaire suivant, aux audiences du tribunal correctionnel et de la justice de paix d'Orthès, et à celle du tribunal civil du département des Basses-Pyrénées, eût pu seule imprimer à cette dernière Loi la force d'exécution. Il est pourtant bien certain qu'elle n'eût pas pu produire cet effet, même dans le cas où la Loi du 12 vendémiaire an 4 n'eût pas existé.

» En faisant abstraction de la Loi du 12 vendémiaire an 4, celle du 12 frimaire suivant ne pouvait acquérir la notoriété de droit nécessaire pour la rendre obligatoire, que par le moyen indiqué par la Loi du 14 frimaire an 2, c'est-à-dire, par la *proclamation à son de trompe ou de tambour.* Or, le tribunal correctionnel d'Orthès, la justice de paix du même lieu, le tribunal civil du département des Basses-Pyrénées, avaient-ils fait proclamer de cette manière la Loi du 12 frimaire an 4 ? Non ; ils avaient simplement fait lire cette Loi à leurs audiences ; ils avaient simplement ordonné que cette Loi fût consignée dans leurs

Source : BIU Cujas

registres. Ils n'avaient donc pas donné à cette Loi la publicité nécessaire pour la rendre obligatoire, même d'après la Loi du 14 frimaire an 2. La cour d'appel de Paris n'avait donc pas même de prétexte pour juger que la Loi du 12 frimaire an 4 fût obligatoire dans la commune d'Orthès, à l'époque de la consignation du 14 nivose suivant.

» Mais de ce qu'à l'époque de cette consignation la Loi du 12 frimaire an 4 n'était pas encore obligatoire dans la commune d'Orthès, s'ensuit-il que cette consignation soit valable, et qu'elle ait libéré le sieur Pène? C'est la seconde question que nous avons à résoudre; et elle se réduit à savoir, non pas si la Loi du 6 thermidor an 3, comprenait dans sa disposition les billets à ordre dont la valeur était due par des particuliers non commerçans à d'autres particuliers non commerçans (car l'affirmative est avouée, établie même par l'arrêt attaqué), mais si cette Loi était applicable aux billets à ordre dont les débiteurs savaient en quelles mains ils existaient, aux billets à ordre que les débiteurs savaient exister encore entre les mains de ceux au profit desquels ils les avaient souscrits: car, dans notre espèce, il est prouvé, il est reconnu, que le sieur Pène ne doutait pas, et ne pouvait pas douter, en consignant, que le sieur Touya ne fût encore possesseur des deux billets à ordre qu'il avait souscrits à son profit le 2 messidor an 3.

» Or, la Loi du 6 thermidor ne distinguait point entre le cas où le débiteur d'un billet à ordre savait, et le cas où il ignorait, en quelles mains existait ce billet à l'époque de son échéance. Elle exigeait seulement, pour autoriser le débiteur à en consigner le montant, que le porteur eût laissé passer trois jours depuis l'échéance, sans se présenter à son domicile pour en demander et recevoir le paiement. Ce délai une fois écoulé, le porteur était maître de consigner; et pour le faire valablement, il n'avait besoin, ni d'offres réelles, ni d'aucune autre formalité préalable.

» Que cette Loi ait été faite à l'occasion des retards qu'affectaient de mettre à se présenter les porteurs inconnus de billets à ordre, et de l'impossibilité où se trouvaient par-là les débiteurs de se libérer, cela peut être, cela est même assez vraisemblable. Mais, quoique occasionnée par ces circonstances, la loi n'en est pas moins générale: et dès qu'elle est générale, elle embrasse nécessairement tous les cas qui ne sont pas exceptés formellement de sa disposition.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la demande du sieur Touya, en déchéance du recours exercé par le sieur Pène contre l'arrêt de la cour d'appel de Pau, du 25 janvier 1806; et faisant droit au fond, casser et annuller cet arrêt ».

Par arrêt du 7 août 1807, au rapport de M. Babille, — « Vu les art. 11 et 12 de la Loi du 12 vendémiaire an 4.....; et attendu que, de la combinaison de ces deux articles, il résulte qu'il n'existe plus, depuis cette loi, qu'un mode uniforme de promulgation, qui s'opère uniquement par l'arrivée et la distribution du bulletin officiel au chef-lieu de département, et par leur constatation sur les registres de l'administration; — Que c'est alors seulement que la Loi devint, sous le régime de cette Loi du 12 vendémiaire, obligatoire pour tous les citoyens, comme pour toutes les autorités, du département; — Et qu'ainsi, quand la Loi aurait été envoyée d'abord et transcrite auparavant sur les registres des tribunaux, elle n'eut pas encore pu, en l'état, servir de base à leurs décisions, à défaut du caractère vraiment légal que peuvent seules lui imprimer son arrivée, sa distribution et son enregistrement au chef-lieu du département; — Attendu que, dans l'espèce, la Loi du 12 frimaire an 4, suspensive de tous remboursemens, sauf quelques exceptions, n'était encore ni arrivée ni distribuée au chef-lieu du département des Basses-Pyrénées, et encore moins consignée sur les registres de l'administration, quand Pène a consigné, *le 13 nivose suivant*, en vertu de la Loi du 6 thermidor an 3, le montant des deux billets alors échus et dont Thouya était porteur; puisque, ainsi qu'il est constant au procès, et comme le reconnaît d'ailleurs l'arrêt attaqué, son arrivée et sa distribution au chef-lieu du département n'ont été constatées sur les registres de l'administration, que depuis cette consignation, et seulement *le 12 pluviose suivant*; — Que cependant l'arrêt attaqué a annullé cette consignation, sous le vain prétexte que, déjà et depuis le premier nivose, cette loi du 12 frimaire avait été lue à l'audience et transcrite sur les registres du tribunal civil du département, et avait, depuis cette époque, acquis un caractère obligatoire qui avait donné à ce tribunal le droit d'en faire dès-lors l'application, et d'annuller par suite une consignation faite dans un temps où cette transcription avait imprimé à cette Loi le caractère légal qui obligeait à se conformer à ses dispositions, et qui suspendait en conséquence, dès ce moment, le remboursement en vue duquel cette consignation avait été faite; — Et qu'en annullant ainsi cette consignation, cet arrêt a violé ouvertement la disposition des art. 11 et 12 ci-dessus cités de la Loi du 12 vendémiaire an 4, et même commis un excès de pouvoir évident, en attribuant par suite à la seule transcription de la Loi du 12 frimaire suivant, sur les registres du tribunal civil du département des Basses-Pyrénées, un caractère obligatoire que celle du 12 vendémiaire ne lui reconnaît que du jour de son arrivée, de sa distribution, et de sa constatation sur les registres de l'administration départementale; — Par ces motifs, la cour casse et annulle..... » .

Autre question. La loi du 12 vendémiaire an 4 a-t-elle rendu obligatoires de plein droit, et sans publication particulière dans chaque département, les lois qui y avaient été envoyées précédemment et n'y avaient pas été publiées dans les formes déterminées par les Lois antérieures? *V. Bulletin des Lois.*

Source : BIU Cujas

Remarquez, au surplus, que cette Loi n'a reçu sa pleine exécution dans la ci-devant Belgique autrichienne et le ci-devant pays de Liège, qu'à compter du jour où y est parvenu l'arrêté du directoire exécutif du 16 frimaire an 5. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Pays réunis*.

VI. L'art. 1er du Code Napoléon établit, sur l'époque à compter de laquelle chaque Loi est obligatoire, un ordre de choses absolument nouveau. Après avoir dit que « les Lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par l'Empereur », il ajoute : « elles seront exécutées dans chaque partie de l'Empire, du moment où la promulgation en pourra être connue. La promulgation faite par l'Empereur sera réputée connue dans le département de la résidence impériale, un jour après celui de la promulgation ; et dans chacun des autres départemens, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes), entre la ville où la promulgation en aura été faite, et le chef-lieu de chaque département ».

Ecoutons sur cet article M. Portalis, conseiller d'état, dans l'*Exposé des Motifs* qu'il a présenté, au nom du gouvernement, à la séance du corps législatif du 4 ventose an 11 :

« L'envoi d'un bulletin officiel aux administrations et aux tribunaux, est encore aujourd'hui le mode que l'on suit pour la promulgation et pour la publication des lois.

» Dans le projet de Code civil, les rédacteurs se sont occupés de cet objet. Ils ont consacré le principe, que les Lois doivent être adressées aux autorités chargées de les exécuter ou de les appliquer. — Ils ont pensé que les lois, dont l'application appartient aux tribunaux, devaient être exécutoires dans chaque partie de la république, du jour de la publication faite par les corps administratifs. — Ils ont ajouté que les lois dont l'exécution et l'application appartiendraient à la fois aux tribunaux et à d'autres autorités, leur seraient respectivement adressées, et qu'elles seraient exécutoires, en ce qui est relatif à la compétence de chaque autorité, du jour de sa publication par l'autorité compétente.

» Les avantages et les inconvéniens des divers systèmes ont été balancés par le gouvernement, et il a su s'élever aux véritables principes.

» Une loi peut être considérée sous deux rapports : 1° relativement à l'autorité dont elle est émanée ; 2° relativement au peuple ou à la nation pour qui elle est faite.

» Toute Loi suppose un législateur. — Toute Loi suppose encore un peuple qui l'observe et qui lui obéisse. — Entre la Loi et le peuple pour qui elle est faite, il faut un moyen ou un lien de communication : car il est nécessaire que le peuple sache ou puisse savoir que la Loi existe, et qu'elle existe comme Loi. — La promulgation est le moyen de constater l'existence de la Loi auprès du peuple, et de lier le peuple à l'observation de la Loi. — Avant sa promulgation, la Loi est parfaite relativement à l'autorité dont elle est l'ouvrage ; mais elle n'est point encore obligatoire pour le peuple en faveur de qui le législateur dispose. — La promulgation ne fait pas la Loi ; mais l'exécution de la Loi ne peut commencer qu'après la promulgation de la Loi : *non obligat Lex, nisi promulgata.* — La promulgation est la vive voix du Législateur. — En France, la forme de la promulgation est constitutionnelle : car la constitution règle que les Lois seront promulguées, et qu'elles le seront par le premier consul. — D'après la constitution et d'après les maximes du droit public universel, nous avons établi, dans le projet, que les Lois seraient exécutoires en vertu de la promulgation faite par le premier consul. Si la voix de ce premier magistrat pouvait retentir à la fois dans tout l'univers français, toute précaution ultérieure deviendrait inutile ; mais la nature même des choses résiste à une telle supposition.

» Il faut pourtant que la promulgation soit connue ou puisse l'être. — Il n'est certainement pas nécessaire d'atteindre chaque individu. La Loi prend les hommes en masse. Elle parle, non à chaque particulier, mais au corps entier de la société. — Il suffit que les particuliers aient pu connaître la Loi. C'est leur faute s'ils l'ignorent, quand ils ont pu et dû la connaître. *Idem est scire aut scire debuisse, aut potuisse.* L'ignorance du droit n'excuse pas.

» La Loi était autrefois un mystère jusqu'à sa formation. Elle était préparée dans les conseils secrets du prince ; lors de la vérification qui en était faite par les cours, la discussion n'en était pas publique ; tout était dérobé constamment à la curiosité des citoyens. La Loi n'arrivait à la connaissance des citoyens, que comme l'éclair qui sort du nuage. — Aujourd'hui, il en est autrement. Toutes les discussions et toutes les délibérations se font avec solennité et en présence du public. Le législateur ne se cache jamais derrière un voile. On connaît ses pensées, avant même qu'elles soient réduites en commandement. Il prononce la Loi au moment même où elle vient d'être formée, et il la prononce publiquement.

» Un délai de dix jours précède la promulgation ; et, pendant ce délai, la Loi circule dans toutes les parties de l'Empire. — Elle est donc déjà publique, avant d'être promulguée. — Cependant, comme cela n'est qu'une publication de fait, nous avons cru devoir encore garantir cette publicité de droit qui produit l'obligation et qui force l'obéissance.

» Après la promulgation, nous avons en conséquence ménagé de nouveaux délais pendant lesquels la Loi promulguée dans le lieu où siège le gouvernement, peut être successivement parvenue jusqu'aux extrémités de la république.

Source : BIU Cujas

» On avait jeté l'idée d'un délai unique, d'un délai uniforme, après lequel la Loi aurait été, dans le même instant, exécutoire par-tout. — Mais cette idée ne présentait qu'une fiction démentie par la réalité. Tout est successif dans la marche de la nature; tout doit l'être dans la marche de la Loi. — Il eût été absurde et injuste, que la Loi fût sans exécution dans le lieu de sa promulgation et dans les contrées environnantes, parcequ'elle ne pouvait pas encore être connue dans les parties les plus éloignées du territoire national. — Personne n'est affligé de la dépendance des choses; on l'est de l'arbitraire de l'homme. — J'ajoute que de grands inconvéniens politiques auraient pu être la suite d'une institution aussi contraire à la justice qu'à la raison et à l'ordre physique des choses. — Nous avons donc gradué les délais d'après les distances.

» Le système du projet de loi fait disparaître tout ce que les différens systèmes admis jusqu'à ce jour, offraient de vicieux. — Je ne parle point de ce qui se pratiquait dans l'ancien régime. Les institutions d'alors sont inconciliables avec les nôtres. — Mais j'observe que dans ce qui s'est pratiqué depuis la révolution, on avait trop subordonné l'exécution de la Loi au fait de l'homme. — Partout on exigeait des lectures, des transcriptions de la Loi; et la Loi n'était point exécutoire avant ces transcriptions et ces lectures. A chaque instant, la négligence ou la mauvaise foi d'un officier public pouvaient paralyser la législation, au grand préjudice de l'Etat et des citoyens. — Les transcriptions et les lectures peuvent figurer comme moyens secondaires, comme précautions de secours; mais il ne faut pas que la Loi soit abandonnée au caprice des hommes. Sa marche doit être assurée et imperturbable. Image de l'ordre éternel, elle doit, pour ainsi dire, se suffire à elle-même. Nous lui rendons toute son indépendance, en ne subordonnant son exécution qu'à des délais, à des précautions commandées par la nature même.

» Le plan des rédacteurs du projet du Code joignait au vice de tous les autres systèmes un vice de plus. — Dans ce plan, on distinguait les Lois administratives d'avec les autres; et, pour la publication, on faisait la part des tribunaux et celle des administrateurs. — Il fallait donc, avec un pareil plan, juger chaque Loi, pour fixer l'autorité qui devait en faire la publication. Cela eût entraîné des difficultés interminables, et des questions indiscrètes qui eussent pu compromettre la dignité des Lois.

» Le projet que je présente, prévient tous les doutes, remplit tous les intérêts, et satisfait à toutes les convenances ».

En adoptant ce projet, le gouvernement a senti qu'il pourrait donner lieu à de fréquentes contestations sur les distances. Pour les prévenir, du moins en très grande partie, il a fait dresser un tableau dans lequel sont indiquées les distances de chaque chef-lieu de département à la ville de Paris, qui est la résidence la plus ordinaire de l'Empereur, et où, par conséquent, les lois sont le plus souvent promulguées; et ce tableau, il l'a sanctionné par un arrêté du 25 thermidor an 11, que l'on trouve dans le Bulletin des Lois, 3e série, n. 312.

On ne doit cependant pas regarder comme invariable la fixation que contient cet arrêté, des distances de Paris au chef-lieu de chaque département. Comme l'observait l'Empereur à la séance du conseil d'état, du 14 thermidor an 9, « le gouvernement a la faculté de la modifier toutes les fois que des obstacles naturels, comme un débordement de rivière, la chute d'un pont, ou d'autres causes semblables, interceptent les communications ordinaires, et forcent de prendre une route plus longue ».

Comment doit-on entendre le mot *jour*, dans l'art. 1er du Code Napoléon? Est-il synonyme de *vingt-quatre heures*, ou ne désigne-t-il que l'espace de temps pendant lequel l'horison est éclairé par le soleil?

Il n'y a nul doute que, dans cet article, le mot *jour* ne soit synonyme de *vingt-quatre heures*?— D'abord, c'est dans ce sens qu'il est régulièrement entendu dans les Lois. (*V. Jour.*) — Ensuite le procès-verbal de la discussion du Code Napoléon au conseil d'état, prouve manifestement que telle est la signification qu'on lui a attribuée dans le premier article de ce Code: — « Le premier consul (y lisons-nous), dit qu'on pourrait fixer le premier délai à *vingt-quatre heures* ».

Mais ce délai de vingt-quatre heures, de quel moment court-il? Le procès-verbal répond encore à cette question: — « M. Bigot-Préameneu (y est-il dit), demande qu'on fixe d'une manière précise le moment où écherront les (vingt-quatre) heures du premier délai. M. Portalis observe que le mot *après*, qu'il a employé, ne laisse aucun doute sur le *dies termini*; qu'il n'y aurait de doute que si l'on avait dit, *dans* les (vingt-quatre) heures ».

VII. La règle établie par l'art. 1er du Code, est-elle applicable aux colonies? C'est encore le procès-verbal qui va répondre:

« M. Fourcroy observe sur cet article, que le délai de..... par myriamètres est évidemment trop court pour le continent, et qu'il est absolument impossible de l'appliquer aux colonies.....

» M. Portalis répond..... qu'il ne s'agit ici que du continent: le délai de la publication des Lois dans les colonies et dans les îles de l'Europe, doit être déterminé par un règlement. Les circonstances et les causes naturelles rendent l'époque de l'arrivée dans ces contrées trop incertaine, pour que le délai puisse être fixé invariablement par une Loi.

» M. Regnaud-de-Saint-Jean-d'Angely dit qu'alors il devient nécessaire d'exprimer l'exception dans la Loi même.

» M. Portalis réplique que l'exception découle naturellement de l'article. Il pose en effet trois principes: le premier est que la Loi tire sa force d'exécution, de la promulgation qu'en fait le pre-

Source : BIU Cujas

mier consul ; le second, qu'elle est exécutoire dans chaque partie du territoire français, au moment où elle peut y être connue ; le troisième, qu'elle est présumée connue dans chaque département, après un délai uniforme de vingt-quatre heures, augmenté d'autant d'heures qu'il y a de myriamètres depuis le lieu de la promulgation jusqu'à la ville où siége le tribunal d'appel. Or, il est évident que cette présomption n'est admissible que pour le continent, et non pour les îles et les colonies, dont le chemin peut être alongé ou même entièrement intercepté par la contrariété des vents et des saisons. Il faut se régler, à leur égard, par le second principe.

» M. Tronchet dit qu'il laisse de côté les colonies, pour lesquelles un règlement particulier est indispensable....».

Ce que l'on vient de dire des colonies, peut quelquefois trouver son application au continent. Que serait-ce, par exemple, si un obstacle imprévu, tel que l'invasion de l'ennemi, empêchait la notoriété de la Loi de pénétrer dans une partie quelconque du territoire français ? Cette difficulté a été prévue dans la discussion de l'art. 1er du Code. «Cet article (a dit le ministre de la justice, comme on le voit par le procès-verbal du 24 brumaire an 10), n'établit qu'une présomption qui, dans tous les cas, cède à la certitude des faits». — Or, a ajouté M. Berlier, «la connaissance légale de la promulgation ne peut pénétrer dans un pays envahi, ou avec lequel, en général, les communications sont interrompues».

VIII. Du principe que l'art. 1er n'établit qu'une présomption, il résulte une conséquence fort importante, et qui a été reconnue dans la discussion du Code. Voici comment s'explique M. Locré, dans son *Esprit du Code Napoléon*, tome 1, page 139 : — «La disposition de l'art. 1er n'est pas exclusive. Elle n'empêche pas le gouvernement d'anticiper par l'envoi de courriers extraordinaires, l'époque où la Loi est de plein droit réputée connue. Alors la Loi devient obligatoire avant le temps marqué par la règle commune, parcequ'elle l'est du moment qu'elle est connue, et que, comme je l'ai déjà dit, la présomption légale cesse devant la certitude du fait. — Ces publications extraordinaires, au surplus, sont une mesure que les circonstances peuvent rendre indispensable. Il est des lois qui manquent leur but, si l'exécution en est différée : telle était, par exemple, la loi du 9 ventose an 12, relative aux individus qui auraient recélé Georges et ses complices. De là, la nécessité d'employer un moyen plus rapide de les faire exécuter, que celui adopté par l'art. 1 pour les cas et pour les temps ordinaires».

IX. Lorsqu'une Loi établit un nouveau mode de publication, faut-il, pour qu'elle opère son effet, qu'elle soit publiée dans cette nouvelle forme ? Une publication faite de la manière réglée par les Lois précédentes, suffit-elle, et est-elle nécessaire pour la rendre elle-même obligatoire ?

A cette question qui s'est présentée plusieurs fois dans notre législation intermédiaire, et qui renaîtrait encore si l'art. 1er du Code Napoléon venait à éprouver quelque changement (ce que nous sommes loin de présumer), nous appliquerons la doctrine d'un législateur jurisconsulte, que la cour de cassation s'honore d'avoir eu pour chef. Voici comment s'expliquait M. Tronchet, à la séance du conseil des anciens, du 17 vendémiaire an 7, dans un rapport sur le point de savoir à quelle époque le mode de promulgation introduit par la Loi du 12 vendémiaire an 4, avait dû commencer à être en activité, et si cette Loi elle-même y avait été assujettie :

«Toute Loi, pour devenir obligatoire, doit être connue et conséquemment promulguée : la forme de la promulgation est arbitraire; elle appartient au droit positif et peut être changée par le législateur ; mais la forme établie par une Loi préexistante, ne peut être abrogée que par une autre Loi. Le nouveau règlement qui a pour objet d'abroger l'ancien, ne peut recevoir le caractère et la force de Loi, que du mode de promulgation établi par la Loi qu'elle abroge, et qu'elle ne peut abroger que pour l'avenir : avant de pouvoir abroger la Loi ancienne, il faut qu'elle devienne elle-même Loi, et elle n'en peut recevoir le caractère par la nouvelle forme qu'elle établit, cette forme ne pouvant exister avant que la Loi existe elle-même ; d'où il suit que la Loi nouvelle ne peut recevoir son existence que de la forme établie par la Loi même qu'elle doit abroger, et qui ne peut cesser qu'au moment où la seconde prendra son existence. La raison seule me dit que si je n'ai été jusqu'à ce jour soumis qu'aux Lois qui m'étaient notifiées dans une telle forme, il faut que je sois averti, dans cette même forme, de la Loi qui vient d'en établir une nouvelle».

Contre ce raisonnement si simple, si victorieux, on objectera sans doute que par la Loi rendue le 24 brumaire an 7, en conséquence du rapport dans lequel nous le puisons, il est décidé (art. 1), que «la Loi du 12 vendémiaire an 4 est obligatoire, *conformément à ses dispositions*, du jour de son arrivée à l'administration centrale de chaque département».

Mais cette Loi elle-même va répondre à l'objection. On voit en effet qu'elle ne motive sa décision que sur ce qu'elle suppose dans la Loi du 12 vendémiaire an 4, des dispositions qui forcent de s'écarter pour elle de la règle générale ; c'est ce qu'expriment clairement ces termes» : *la Loi du 12 vendémiaire an 4, est devenue obligatoire* CONFORMÉMENT A SES DISPOSITIONS, etc.

» On pourrait peut-être soutenir avec quelque fondement (disait à ce sujet le rapporteur du conseil des anciens), que le corps législatif qui, tel qu'il est établi par le pacte social, est soumis lui-même aux formes dans l'abrogation qu'il fait des Lois anciennes, ne pourrait pas dispenser de la

Source : BIU Cujas

publication ancienne, la Loi par laquelle il établirait une nouvelle forme de promulgation. — Mais il s'agit ici d'une Loi émanée de la convention, dont les pouvoirs étaient illimités, et n'étaient point gênés par des formes législatives constitutionnelles..... — Le véritable nœud de la difficulté est donc de savoir si la convention a véritablement entendu que la Loi du 12 vendémiaire an 4 fût elle-même dispensée de la forme ancienne de publication qu'elle abrogeait ». — Le rapporteur entre ensuite dans de grands développemens dont il tire la conséquence que telle a été réellement l'intention de la convention nationale; et c'est d'après cela, et toujours en soutenant le principe contraire pour la thèse générale, qu'il conclud à l'adoption de l'article par lequel la Loi du 12 vendémiaire an 4 est déclarée, *conformément à ses dispositions*, être devenue obligatoire par le nouveau mode de promulgation qu'elle avait établi.

IX. Lorsqu'une Loi ordonne qu'elle sera exécutée à compter de tel jour, les actes faits ce jour-là même, sont-ils atteints par sa disposition?

Par acte passé à Paris devant notaires, le 25 messidor an 3, *avant midi*, Jacques Vatines reconnaît, comme fondé de pouvoir de Claudine, Marie-Claudine et Jeanne Royer, héritières de Pierre Royer, avoir reçu des sieur et dame Plouvié la somme de 70,000 liv. en assignats, pour remboursement d'une obligation de pareille somme qu'ils avaient souscrite, le 20 décembre 1790, au profit du défunt, et dont le montant n'était pas encore exigible.

Le 18 messidor an 11, après la mort de Claudine, Marie-Claudine et Jeanne Royer, leurs héritiers, savoir, Joseph Royer, Jean-Baptiste Royer, Anne-Marie-Joséphine Royer, femme Vasselon, Pierre-Marie Royer, et Marguerite Royer, veuve Surmain, demeurant respectivement à Louhans, Strasbourg, Châlon-sur-Saône, Bourgneuf (département de Saône-et-Loire), et Dijon, font citer les sieur et dame Plouvié en nullité de la quittance du 25 messidor an 3, tant comme ne contenant pas la mention qu'elle a été donnée avec connaissance de la Loi du même jour, que parceque le sieur Vatines n'avait point, selon eux, de procuration suffisante pour recevoir.

Le 29 messidor an 12, jugement du tribunal de première instance du département de la Seine, qui déclare cette quittance nulle.

Le premier jour complémentaire suivant, les héritiers Royer font signifier ce jugement au domicile des sieur et dame Plouvié: ils rappellent dans l'exploit contenant cette signification, les noms, prénoms, qualités et domiciles de chacun d'eux; et ils y font élection de domicile chez leur avoué au tribunal de première instance.

Le 17 frimaire an 13, les sieur et dame Plouvié font notifier aux héritiers Royer, au domicile élu par eux chez cet avoué, un acte d'appel du jugement du 29 messidor an 12.

Les 7 et 9 prairial an 13, ils les font assigner sur cet appel, chacun à son domicile réel.

Le 9 messidor an 13, Joseph Royer et Anne-Marie-Joséphine Royer, femme Vasselon, assistée de son mari, font signifier à la dame Plouvié, devenue veuve, une requête par laquelle ils concluent *à ce qu'elle soit déclarée non-recevable dans son appel, et subsidiairement à ce que l'appellation soit mise au néant.* — Le 5 thermidor suivant, la cause est portée à l'audience; les parties y posent leurs qualités, et tous les héritiers Royer concluent purement et simplement *à ce que l'appellation soit mise au néant, et à ce qu'il soit ordonné que le jugement dont est appel, aura son plein et entier effet.* Ces conclusions et celles de la dame Plouvié sont déposées au greffe, et la cause est continuée au 4 fructidor.

Le 4 fructidor an 13, la cause est continuée au 9. Le même jour, requête par laquelle Joseph Royer, la femme Vasselon et tous leurs cohéritiers concluent à ce que la veuve Plouvié soit déclarée non-recevable dans son appel, pour ne l'avoir fait signifier à leurs domiciles réels, qu'après l'expiration des trois mois fixés par l'art. 14 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790, et subsidiairement à ce que l'appellation soit mise au néant, et à ce qu'il soit ordonné que le jugement du 29 messidor an 12 sera exécuté.

Par arrêt du 9 du même mois, — « considérant, sur la forme, que toute nullité doit être proposée *in limine litis*, et les choses étant entières; que Jean-Baptiste Royer et consorts, loin de commencer par prendre des conclusions précises à fin de nullité de l'appel, ont conclu, en supposant l'existence de cet appel, soit en concluant à fin de non-recevoir, soit en demandant la confirmation du jugement de première instance; que même, en posant des qualités, ils ont conclu à la confirmation pure et simple, sans parler de fin de non-recevoir, et encore moins de nullité; qu'ainsi, la nullité de l'appel se trouve proposée trop tard et couverte par les conclusions prises au fond; — considérant sur le fond et en principe, que la Loi ne connaît pas d'effet rétroactif, et que foi est due aux actes jusqu'à inscription de faux; — considérant en fait qu'il est notoire et reconnu que la Loi du 25 messidor an 3 n'a été rendue qu'après midi et sans rétroactivité; qu'il résulte au contraire des actes de la cause, que le remboursement en question a été fait le même jour 25 messidor an 3, avant midi; qu'il était par conséquent impossible de se conformer, dans ce remboursement, à une Loi qui n'existait pas; — considérant que ce même remboursement a été volontairement accepté par les Royer, représentés par un fondé de pouvoir ayant mandat suffisant, et que les valeurs en ont été replacées le même jour 25 messidor, avant midi, à leur profit et selon leur intention; — la cour (d'appel de Paris), sans s'arrêter à la demande en nullité de l'acte d'appel, dans laquelle Jean-Baptiste Royer et consorts sont déclarés non-recevables, a mis et met l'appellation et ce dont est appel au néant;

Source : BIU Cujas

émendant, décharge la veuve Plouvié des condamnations prononcées tant contre elle que contre son mari; au principal, déclare lesdits Royer et consorts non-recevables dans leur demande en nullité de remboursement dont il s'agit. . . . »

Recours en cassation contre cet arrêt de la part des héritiers Royer.

« La cour d'appel de Paris (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 22 avril 1806), a-t-elle faussement appliqué la maxime, que toute nullité d'exploit se couvre par les défenses au fond, et a-t-elle, par suite, violé l'art. 14 du tit. 5 de la Loi du 24 août 1790, qui défend de recevoir aucun appel après l'expiration des trois mois qui ont suivi la signification du jugement? — A-t-elle violé la Loi du 25 messidor an 3, sur les remboursemens de dettes non encore échues? A-elle violé les Lois relatives au mandat? Telles sont les trois questions à l'examen desquelles notre ministère nous appelle aujourd'hui.

» Pour faire résoudre la première en leur faveur, les héritiers Royer invoquent d'abord un principe que plusieurs de vos arrêts ont consacré de la manière la plus précise, et qui ne peut plus souffrir aucune contestation : c'est qu'un acte d'appel ne peut être valablement signifié qu'à la personne ou au domicile réel de la partie contre laquelle il est dirigé; et qu'il est nul, s'il n'est signifié qu'à un domicile élu par un exploit tendant à l'exécution du jugement qui en est l'objet.

» Mais il est un autre principe que les héritiers Royer ne peuvent pas non plus contester, et que, dans le fait, ils ne contestent pas : c'est que toute partie qui, comparaissant sur un acte d'appel irrégulièrement signifié, ne commence pas par en arguer la signification de nullité, et débute, au contraire, par demander la confirmation du jugement qu'elle a obtenu en première instance, ne peut plus ensuite revenir sur ses pas, et conclure à ce que l'appelant soit déclaré non-recevable.

» Or, les héritiers Royer ne sont-ils pas précisément dans cette hypothèse?

» Pour établir qu'ils n'y sont pas, ils excipent de la requête du 9 messidor an 13, qui est jointe à leur mémoire en cassation; et nous voyons en effet que les conclusions de cette requête tendaient à ce que la dame Plouvié fût *déclarée non-recevable dans son appel.* Il est d'ailleurs certain, quoi qu'en ait dit la cour d'appel de Paris, que ces conclusions renfermaient implicitement une demande en nullité de l'acte d'appel signifié au domicile élu par leur exploit du premier jour complémentaire an 12; car il faut bien distinguer, en matière d'exploits, la nullité qui laisse l'action intacte d'avec la nullité qui emporte déchéance de l'action. — Lorsqu'assigné en justice par un exploit nul, sur une demande qui, indépendamment de cet exploit, ne serait pas encore prescrite, je me borne à conclure à ce que le demandeur soit déclaré non-recevable, sans doute je ne conclus point par-là à l'annullation de l'exploit même; je le suppose au contraire valable, et je consens qu'il soit tenu pour tel : si telle n'était pas mon intention, je me restreindrais, je devrais même nécessairement me restreindre à requérir congé de l'instance, sauf au demandeur à me poursuivre par nouvelle action, s'il s'y croyait fondé. — Mais lorsqu'assigné par un exploit nul, sur une demande qui, sans cet exploit, se trouverait tardive, je me borne à conclure à ce que le demandeur soit déclaré non-recevable, bien évidemment, par-là, j'entends conclure à ce que la demande formée contre moi, soit repoussée sans examen, sur le seul fondement qu'elle est formée trop tard, et que j'en suis libéré par la prescription.

» Cependant, messieurs, quoique la cour d'appel n'ait pas bien saisi l'objet de la fin de non-recevoir qui avait été opposée à la dame Plouvié par la requête du 9 messidor an 13, il ne nous paraît pas moins constant qu'elle a très bien jugé en rejetant cette fin de non-recevoir.

» D'abord, les conclusions prises par la requête du 9 messidor an 13, ne l'ont pas été par tous les héritiers Royer. L'arrêt de la cour d'appel énonce, à la vérité, dans ses motifs, qu'elles l'ont été par *Jean-Baptiste Royer et consorts;* mais c'est une erreur que dément la requête même dans laquelle ces conclusions sont consignées : cette requête n'est donnée qu'au nom de *Joseph Royer et d'Anne-Marie-Joséphine Royer, épouse du sieur Claude Vasselon et dudit sieur Vasselon.* Si donc, par cette requête, le droit de conclure à la nullité de l'acte d'appel avait été valablement conservé, il ne l'aurait été, il n'aurait pu l'être qu'au profit de la dame Vasselon et de Joseph Royer; il ne l'aurait été, ni au profit de Jean-Baptiste Royer, ni au profit de Pierre-Marie Royer, ni au profit de Marguerite Royer, veuve Surmain.

» En second lieu, si Joseph Royer et la dame Vasselon ont, dans le principe, conservé par leur requête du 9 messidor an 13, le droit qui leur était acquis à la nullité de l'acte d'appel, on ne peut pas douter qu'ils n'y aient renoncé par la suite, et qu'avec eux n'y aient pareillement renoncé Jean-Baptiste, Pierre-Marie et Marguerite Royer. Ceci va s'expliquer en peu de mots.

» Nous lisons dans l'arrêt attaqué, que *les héritiers Royer étant comparus sur les différentes assignations* que leur avait données l'appelant, *la cause a été portée à l'audience de la cour d'appel, du 5 thermidor an 13, lors de laquelle les parties ont posé leurs qualités, et déposé leurs conclusions au greffe; et la cause a été continuée au 4 fructidor, auquel jour elle a été continuée au 9 du même mois.*

» Quelles conclusions Joseph Royer, la dame Vasselon et leurs trois cohéritiers ont-ils prises, en posant leurs qualités, à cette audience du 5 thermidor an 13? Nous l'apprenons encore par l'arrêt attaqué. *Par les conclusions prises par* TOUS *les héritiers Royer* (y est-il dit), *et qui ont été déposées au greffe, le 5 thermidor dernier, lorsque*

Source : BIU Cujas

les qualités ont été posées, ils ont conclu à ce que l'appellation soit mise au néant, en conséquence, que le jugement dont est appel, soit exécuté avec dépens.

» Ainsi, le 5 thermidor an 13, *tous les héritiers Royer*, et par conséquent Joseph Royer et la dame Vasselon, comme les trois autres, ont conclu purement et simplement au fond, sans exciper de la nullité de l'acte d'appel, sans tirer de cette nullité aucune fin de non-recevoir.

» Qu'en concluant ainsi, Jean-Baptiste, Pierre-Marie et Marguerite Royer aient couvert cette nullité, c'est ce qui ne peut pas sérieusement être révoqué en doute.

» Mais en est-il de même de Joseph Royer et de la dame Vasselon, qui précédemment et dès le 9 messidor, avaient expressément conclu à cette nullité? Oui, et la raison en est extrêmement simple.

» Ce n'est pas sur les conclusions que les parties prennent par requêtes, dans les causes verbales, que les juges doivent arrêter leur attention. Dans les causes de cette nature, les requêtes des parties ne passent pas sous les yeux des juges; les juges ne prononcent que d'après les plaidoiries; et conséquemment ils ne peuvent connaître que les conclusions qui ont été prises à leur audience; et conséquemment encore, ces conclusions sont les seules sur lesquelles ils doivent et puissent statuer.

» Les conclusions prises à l'audience, sont donc nécessairement, dans l'intention des parties, les seules auxquelles les parties entendent se tenir; elles constituent, elles fixent donc, dans l'intention des parties, le véritable et seul état des contestations à juger; les parties qui prennent à l'audience des conclusions différentes de celles qu'elles ont précédemment prises par des requêtes signifiées, renoncent donc virtuellement à celles-ci.

» Et voilà pourquoi le législateur a pris un soin tout particulier de constater authentiquement les conclusions que les parties prennent à l'audience.

» Prendre des conclusions à l'audience, c'est ce qu'on appelle à Paris *poser les qualités*. Or, voici ce que porte, à cet égard, le règlement arrêté par la cour d'appel de Paris en exécution de l'art. 49 de la loi du 27 ventose an 8, et approuvé par le gouvernement le 29 thermidor an 11 :

» Art. 23. *Les causes seront portées à l'audience, sur une simple citation de la partie la plus diligente: si l'avoué de l'autre partie ne comparaît pas, celui qui a poursuivi l'audience, déposera sur le bureau les conclusions signées de lui, et il lui sera accordé défaut.*

» Art. 26. *Lorsque deux avoués seront contradictoires et poseront des qualités, ils donneront, s'ils ne l'ont déjà fait, leurs conclusions motivées, signées d'eux, ainsi qu'il a été précédemment expliqué.*

» Art. 27. *Les qualités une fois posées, le tribunal indiquera un jour fixe pour la plaidoirie de la cause.*

» Art. 31. *Lorsque les avoués changeront les conclusions par eux déposées, ou qu'ils prendront sur le barreau des conclusions nouvelles, ils seront tenus d'en remettre au greffier des copies signées d'eux.*

» Pourquoi toutes ces précautions? Pourquoi exiger que les avoués signent les conclusions qu'ils prennent à l'audience? Pourquoi exiger que ces conclusions ainsi signées d'eux, soient déposées au greffe? C'est évidemment, comme nous l'avons dit, parceque ces conclusions sont les seules que les juges doivent considérer; parceque, dès-là, ce sont aussi les seules que les parties soient censées prendre; parceque les parties qui les prennent, sont censées renoncer à celles qu'ils ont précédemment prises.

» Combien donc les demandeurs ne s'éloignent-ils pas de la vérité, lorsqu'ils viennent vous dire que les conclusions prises à l'audience, en posant les qualités, ne sont pas de véritables conclusions, qu'elles sont absolument insignifiantes, et que, dans l'usage, on ne considère comme conclusions proprement dites, que celles qui ont été prises par des requêtes signifiées ou sur le barreau? Les conclusions prises à l'audience en posant les qualités, sont tellement des conclusions véritables, qu'il est d'une jurisprudence invariable de regarder comme contradictoires et inattaquables par la voie d'opposition, les jugemens qui, après des qualités posées, interviennent sur la présentation d'une seule des parties au nouveau jour indiqué par le tribunal. Et l'on est si loin de regarder les conclusions prises par des requêtes signifiées ou sur le barreau, comme les seules qui doivent fixer les regards des juges, qui si les juges ne les retrouvent pas dans les conclusions déposées dans leur greffe, ils ne peuvent pas, ils ne doivent pas même s'en occuper.

» D'après ces explications, il est clair, non seulement que Jean-Baptiste, Pierre-Marie et Marguerite Royer ont couvert la nullité de l'acte d'appel dont il s'agit, par les conclusions qu'ils ont prises à l'audience du 5 thermidor an 13 et qui ont été déposées au greffe le même jour, mais encore que par ces mêmes conclusions, Joseph Royer et la dame Vasselon ont renoncé à l'exception qu'ils avaient tirée de cette nullité par leur requête du 9 messidor précédent; puisqu'encore une fois, ils savaient ou devaient savoir que ces conclusions étaient les seules qui pussent être prises en considération par les juges; puisqu'encore une fois, en ne présentant aux juges que ces conclusions, il était impossible qu'ils tinssent encore à celles qu'ils avaient prises dans le principe.

» La cour d'appel de Paris a donc dû, comme elle l'a fait, écarter par fin de non-recevoir les conclusions en nullité de l'acte d'appel, que les demandeurs avaient prises par leur requête du 4 fructidor an 13, vingt-neuf jours après avoir conclu purement et simplement au fond; notre première question est donc résolue contre les demandeurs.

Source : BIU Cujas

» Quant à la seconde, c'est-à-dire, à celle de savoir si, au fond, la cour d'appel de Paris a violé la Loi du 25 messidor an 3, il est un fait important à remarquer: c'est que le remboursement contre lequel les demandeurs réclament, a été fait le 25 messidor an 3, même *avant midi*. Ces mots, *avant midi*, sont consignés textuellement dans la quittance notariée; et il ne faut pas être surpris de les y trouver: en les y insérant, le notaire n'a fait que ce que lui prescrivait l'art. 167 de l'ordonnance de Blois.

» Mais de ce que ce remboursement a été effectué le 25 messidor an 3, *avant midi*, que s'ensuit-il? La cour d'appel de Paris en a inféré qu'il avait été effectué avant que la Loi du même jour eût été décrétée; et les demandeurs paraissent assez en convenir. C'est d'ailleurs ce qui résulte, et de l'usage où était la convention nationale de n'ouvrir ses séances qu'à onze heures, et du fait constaté par le procès-verbal de sa séance du 25 messidor an 3, qu'un assez long espace de cette séance même, avait été employé à un grand nombre d'objets divers, avant que la parole fût accordée au comité de législation pour faire le rapport sur lequel a été rendue la Loi.

» Cela posé, comment la Loi aurait-elle pu atteindre ce remboursement? Elle ne pouvait pas rétroagir sur les actes qui l'avaient précédée: elle ne pouvait pas détruire des actes qui avaient acquis, avant elle, une existence légale; le présent, l'avenir étaient à sa disposition, le passé n'y était plus.

» Et vainement dit-on qu'elle a manifesté elle-même l'intention de rétroagir, en déclarant qu'elle serait exécutée à compter du jour où elle a été rendue.

» La Loi ne rétroagit pas, lorsque, par des considérations majeures et extraordinaires, elle se déclare obligatoire avant qu'elle soit promulguée. Elle ne commande, même encore dans ce cas, qu'au présent et à l'avenir; seulement elle feint que tous les citoyens en ont connaissance, à l'instant même où elle sort de la bouche du législateur. Mais de ce que pour qu'elle soit obligatoire dès cet instant, elle est obligée de feindre qu'elle est aussitôt connue que décrétée, on doit nécessairement conclure que tant qu'elle n'est pas décrétée, elle n'est pas obligatoire, même dans sa propre intention.

» Mais après tout, est-il bien sûr que la Loi du 25 messidor an 3 ait voulu que ses dispositions fussent appliquées aux actes passés ce jour-là même, après le moment où elle avait été décrétée? *La présente suspension*, porte-t-elle, art. 6, *n'aura lieu qu'à compter de ce jour*. Ces expressions, *à compter de ce jour*, ont-elles dans la Loi, le sens que leur supposent les demandeurs? Y signifient-elles que la Loi sera exécutée à compter du 25 messidor inclusivement, ou bien veulent-elles dire que la Loi sera exécutée à compter de ce même jour exclusivement?

» S'il était question d'un acte de procédure à faire dans un délai que la Loi ferait courir à compter de tel jour, l'ordonnance de 1667 serait là pour dire que ce jour ne doit pas être compris dans ce délai.

» Mais ce n'est pas d'un acte de procédure qu'il s'agit, c'est d'une transaction ordinaire de la vie civile, c'est d'un remboursement: et aucune Loi générale n'a décidé si, dans ces sortes d'actes, le jour qui forme le point de départ de l'exécution d'une disposition législative, doit être censé compris dans cette disposition.

» Nous remarquerons seulement que la négative est professée par les jurisconsultes les plus célèbres. Les termes *depuis tel jour*, et *à compter de tel jour*, sont certainement synonymes, et les demandeurs en conviennent eux-mêmes: or, sur le sens dans lequel doivent être entendus les termes *depuis tel jour*, voici ce que nous lisons dans le Dictionnaire des arrêts de Brillon, au mot *Délai*, n. 1: — « La préposition *depuis* est exclusive du terme qu'elle désigne: par exemple, la règle *de infirmis resignantibus*, porte: *infra viginti dies à die præstandi consensûs computandos*; on exclut du nombre des vingt jours celui du consentement prêté par le résignant. C'est l'avis de Dumoulin sur la règle *de infirmis*, n. 327, où il allègue l'autorité de plusieurs docteurs ».

» C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt de la cour du 23 messidor an 5, dans une espèce que les demandeurs rappellent eux-mêmes, mais sans dire comment cet arrêt l'a décidée. — Le 9 prairial an 3, Henri Joiry avait remboursé en assignats à Louis Potaire, domicilié comme lui dans la Belgique, une rente qu'il lui avait constituée par contrat du 18 mai 1790. Le 12 thermidor suivant, arrêté des représentans du peuple en mission près les armées du Nord et de Sambre-et-Meuse, qui prohibe, art. 1er, le remboursement en assignats, valeur nominale, de toute obligation antérieure à la seconde entrée des Français dans ce pays, et ajoute, art. 2: *Cette disposition aura lieu avec effet rétroactif au 9 prairial; les paiemens, consignations ou remboursemens faits* DEPUIS CETTE ÉPOQUE, *sont nuls*. En conséquence, Louis Potaire se pourvoit contre Henri Joiry en nullité du remboursement qu'il a reçu de lui le 9 prairial an 3; et sa demande est accueillie par un jugement en dernier ressort du tribunal civil du département de Sambre-et-Meuse, confirmatif d'un autre du tribunal du district de Mons. Mais sur le recours en cassation exercé contre ce jugement par Henri Joiry, l'arrêt cité, — « Considérant que si par la dernière disposition (de l'arrêté du 12 thermidor an 3), l'effet rétroactif est reporté au 9 prairial, ce jour n'y est pas compris, puisque, d'une part, il y est formellement énoncé que les remboursemens faits *depuis cette époque* seulement, sont nuls; et que, d'autre part, le mot *inclusivement* n'est point ajouté au *neuf prairial*; que dans l'espèce, le remboursement a eu

Source : BIU Cujas

lieu le 9 prairial; qu'*ainsi, il a été fait en temps utile*.... ; casse et annulle. »

» Il est vrai que l'affaire ayant été renvoyée au tribunal civil du département de l'Ourthe, ce tribunal l'a jugée de nouveau en faveur de Louis Potaire; et que le recours en cassation contre son jugement a été rejeté par les sections réunies, le 25 frimaire an 9. Mais ce rejet comment a-t-il été motivé? D'une manière qui fait clairement entendre que si le tribunal de l'Ourthe eût donné aux mots *depuis cette époque*, un sens contraire à celui qu'il leur avait attribué, les sections réunies auraient également rejeté le recours en cassation qui, dans ce cas, eût été dirigé contre son jugement par Louis Potaire. — « Il existe (porte l'arrêt du 25 frimaire an 9), plusieurs exemples dans notre législation, de l'emploi du mot *depuis*, comme inclusif de l'époque à laquelle il est appliqué; ainsi et dans le doute de la véritable acception d'une expression, le tribunal dont le jugement est attaqué, en se décidant pour le sens qui n'est réprouvé ni par l'équité ni par les autres dispositions de l'arrêté, n'a pu commettre aucune contravention formelle à ladite Loi ».

» Mais, dit-on, un arrêt de la section civile du 6 thermidor an 5, rendu au rapport de M. Cochard, a décidé, en cassant un jugement du tribunal civil du Morbihan, qu'il y avait lieu à cassation, lorsque les tribunaux n'appliquaient pas aux remboursemens faits le 25 messidor an 3, les dispositions de la Loi du même jour.

» Remarquons d'abord que dans l'espèce sur laquelle a été rendu cet arrêt, notre question n'était pas même agitée; que toute la contestation roulait sur le point de savoir si, pour l'application de la Loi du 25 messidor an 3 aux remboursemens faits par voie de consignation, il fallait s'attacher à l'époque de la consignation même, ou à celle des offres réelles qui l'avaient précédée; que le tribunal civil du Morbihan avait jugé que, pour soustraire une consignation à cette Loi, il suffisait que les offres réelles eussent été faites auparavant; et que c'est la seule raison pour laquelle son jugement a été cassé.

» Remarquons ensuite (et ceci va expliquer le silence absolu de cet arrêt sur la question qui nous occupe aujourd'hui), remarquons que, dans cette espèce, la consignation n'avait pas été faite *le 25 messidor*, comme l'annonce par erreur d'impression, la notice qui se trouve dans le bulletin, mais *le 27 messidor*; et que ces mots, *le 27 messidor*, sont écrits en toutes lettres, non seulement dans le dispositif de l'arrêt de cassation, mais encore dans l'exposé des faits qui en forme le préambule et que nous avons vérifié sur la minute.

» La même observation s'applique à votre arrêt du 15 vendémiaire an 9, que l'on cite, comme ayant rejeté, au rapport de M. Lachèze, la requête en cassation présentée par le sieur Menneson contre un jugement qui avait déclaré sujet aux dispositions de la Loi du 25 messidor an 3, un remboursement fait le jour même dont cette Loi porte la date. — Si la citation que l'on vous fait de cet arrêt, était exacte, nous pourrions dire qu'en rejetant la requête du sieur Menneson, vous n'avez pas jugé que la Loi du 25 messidor an 3 dût, d'après son propre texte, être appliquée aux remboursemens du même jour; que seulement vous avez jugé qu'en l'y appliquant, on n'avait pas violé son texte littéral; que seulement vous avez considéré son texte littéral comme équivoque; et que vous êtes partis de là, pour laisser subsister un jugement qui l'avait entendu dans un sens plutôt que dans l'autre. — Mais cet arrêt ne vous est pas cité fidèlement, et nous sommes bien étonnés que l'on s'en prévaille ici. De quoi s'agissait-il dans l'affaire sur laquelle il a statué? D'un remboursement fait en assignats *le 22 thermidor an 3*, et au moyen duquel avait été éteinte une créance reconnue par acte notarié du 25 juillet 1789, et stipulée payable dans dix ans avec intérêts. Assurément, dans cette espèce, il ne pouvait pas être question de savoir si le jour même du 25 messidor an 3, était compris dans le terme où cette Loi devait commencer à recevoir son exécution; aussi n'y en a-t-il pas été dit un mot, soit par les parties, soit par les juges. — Mais ce qu'il n'est pas inutile de remarquer, c'est que, dans les motifs de votre arrêt, portant rejet de la requête du sieur Menneson, vous avez expressément déclaré que la Loi du 25 messidor an 3 *doit s'appliquer à tous les remboursemens faits postérieurement, tant* A L'ÉMISSION *qu'à la publication* de cette Loi; et certes, ces mots, *à l'émission*, montrent bien que, si vous avez alors pensé que cette Loi pût, sans que le texte en fût violé, être appliquée à des remboursemens faits après son émission, quoique dans l'après midi du 25 messidor an 3, du moins vous avez aussi regardé toute la partie de ce jour qui en avait précédé l'émission, comme hors de l'empire des règles qu'elle avait établies.

» Mais, dit-on encore, si la Loi du 25 messidor an 3 laisse des doutes sur ce qu'elle entend par les mots *à compter de ce jour*, ces doutes ne subsistent plus actuellement: ils ont été levés par la Loi du 1er fructidor suivant.

» Que porte donc la Loi du 1er fructidor an 3? — « La convention nationale, après avoir entendu le rapport de son comité de législation sur diverses pétitions tendantes à provoquer une décision sur la question de savoir si les offres réelles non suivies de consignation *antérieures au 25 messidor dernier*, ont opéré la libération des débiteurs, passe à l'ordre du jour motivé sur ce qu'un remboursement n'est consommé que lorsque le débiteur s'est dessaisi par la consignation ». — Voilà tout ce que contient cette Loi; et comme vous le voyez, MM., elle ne décide qu'un seul point, que les offres réelles ne suffisent pas pour libérer un débiteur, que la consignation seule peut opérer cet effet.

» De savoir si une consignation faite le jour même du 25 messidor an 3, doit équipoller à un remboursement légitime, c'est une question que

Source : BIU Cujas

la Loi ne touche ni directement ni indirectement, et qu'elle laisse absolument entière.

» Il est vrai que dans les pétitions sur lesquelles la Loi statue en passant à l'ordre du jour, il ne s'agissait que de consignations antérieures au 25 messidor an 3, et qu'elle-même rappelle cette circonstance dans son préambule. Mais que conclure de là? Qu'elle condamne les consignations faites le 25 messidor an 3, et qu'elle ne reconnaît pour valables que celles qui ont été effectuées précédemment? Non, elle ne parle des consignations non antérieures au 25 messidor an 3, que parceque c'étaient les seules sur lesquelles les pétitionnaires avaient consulté la convention nationale : elle ne parle pas des consignations faites le 25 messidor an 3; et dès qu'elle n'en parle pas, il suit évidemment qu'elle ne les condamne pas plus qu'elle ne les approuve.

» C'est sur-tout, MM., relativement à ces Lois transitoires, à ces Lois purement circonstancielles, et qui n'ont presque plus d'objet, que nous devons tenir fortement à ce principe fondamental de votre institution, qu'un jugement en dernier ressort ne peut être cassé que pour contravention expresse à la volonté du législateur; et lorsqu'à cette considération déjà si puissante, vient encore se joindre, dans notre espèce, celle du silence de onze années qui, de la part des demandeurs, a suivi le remboursement qu'ils attaquent aujourd'hui, nous nous sentons, en quelque sorte, entraînés comme par une pente invincible, à penser que l'arrêt de la cour d'appel de Paris doit être maintenu sous le rapport de la Loi du 25 messidor an 3.

» Reste notre troisième question qui n'exige que deux mots. — Les demandeurs prétendent que par l'arrêt attaqué, la cour d'appel de Paris a violé les Lois relatives au mandat; et qu'elle les a violées, en jugeant que le sieur Vatines avait des pouvoirs suffisans pour accepter, au nom de Claudine, Marie-Claudine et Jeanne Royer, le remboursement dont il est ici question; que dans le fait, le sieur Vatines avait bien, pour cela, une procuration de Claudine, mais qu'il n'en avait ni de Marie-Claudine ni de Jeanne.

» Vous savez, MM., à quoi vous en tenir sur cette allégation. Le sieur Vatines n'avait point de procuration de Marie-Claudine ni de Jeanne; mais il en avait une de Joseph Royer, à qui Marie-Claudine et Jeanne avaient confié le soin de leurs affaires, et qui tenait spécialement d'elles le mandat de *fonder de pouvoir pour le recouvrement de leurs dettes actives.* C'est assez dire qu'on n'aurait pas dû se permettre de vous proposer un pareil moyen de cassation.

» Nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs et de les condamner à l'amende ».

Arrêt du 22 avril 1806, au rapport de M. Coffinhal, par lequel, — « Considérant qu'en déclarant la nullité de l'acte d'appel de Plouvié et sa femme, couverte par les conclusions prises par les héritiers Royer, et qui avaient été déposées au greffe lorsque les qualités avaient été posées, lesquelles conclusions tendaient à la confirmation pure et simple du jugement de première instance, sans parler, ni de fin de non-recevoir ni de nullité, l'arrêt attaqué n'a violé aucune Loi, et s'est conformé aux règles de l'ordre judiciaire; — Considérant qu'en maintenant le remboursement fait aux héritiers Royer le 25 messidor an 3, *avant midi*, nonobstant les dispositions de la Loi du même jour, comme notoirement rendue *après midi*, le même arrêt a respecté les principes sur la non-rétroactivité des lois, rétroactivité qui étant subversive du droit commun en renversant des droits acquis, ne doit être appliquée que dans des cas où la Loi l'a établie d'une manière bien positive; — Considérant que, pour décider que le mandat du fondé de pouvoir des héritiers Royer était suffisant, l'arrêt attaqué s'est décidé d'après les termes mêmes du mandat; que la suffisance du mandat est même d'autant plus incontestable, que les fonds ayant été replacés le même jour à leur profit, les héritiers Royer l'ont approuvé par leur conduite; — La cour rejette . . . . »

§. VI. *Effets des Lois par rapport aux personnes et aux choses.*

« Toutes les Lois, quoique émanées du même pouvoir, n'ont point le même caractère, et ne sauraient conséquemment avoir la même étendue dans leur application, c'est-à-dire, les mêmes effets; il a donc fallu les distinguer ». — Ainsi parlait M. le conseiller d'Etat Portalis, en présentant au corps législatif, le 4 ventose an 11, l'art. 3 du Code Napoléon, suivant lequel, — « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. — Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la Loi française. — Les Lois concernant l'état et la capacité des personnes, régissent les français, même résidans en pays étrangers ».

Et voici comment M. Portalis expliquait chacun des trois paragraphes de cet article :

« Il est des Lois sans lesquelles un Etat ne pourrait subsister. Ces Lois sont toutes celles qui maintiennent la police de l'Etat, et qui veillent à sa sûreté. — Nous déclarons que des Lois de cette importance obligent indistinctement tous ceux qui habitent le territoire. — Il ne peut, à cet égard, exister aucune différence entre les citoyens et les étrangers. — Un étranger devient le sujet casuel de la Loi du pays dans lequel il passe, ou dans lequel il réside. Dans le cours de son voyage, ou pendant le temps plus ou moins long de sa résidence, il est protégé par cette Loi : il doit donc la respecter à son tour. L'hospitalité qu'on lui donne, appelle et force sa reconnaissance. — D'autre part, chaque Etat a le droit de veiller à sa conservation; et c'est dans ce droit que réside la souveraineté. Or, comment un Etat pourrait-il se conserver et se maintenir, s'il existait dans son sein des hommes qui pussent im-

Source : BIU Cujas

punément enfreindre sa police et troubler sa tranquillité? Le pouvoir souverain ne pourrait remplir la fin pour laquelle il est établi, si des hommes étrangers ou nationaux étaient indépendans de ce pouvoir. Il ne peut être limité, ni quant aux choses, ni quant aux personnes. Il n'est rien, s'il n'est tout. La qualité d'étranger ne saurait être une exception légitime, pour celui qui s'en prévaut contre la puissance publique qui régit le pays dans lequel il réside; habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté. Tel est le droit politique de toutes les nations. — A ne consulter même que le droit naturel, tout homme peut repousser la violence par sa force. Comment donc ce droit qui compète à tout individu, serait-il refusé aux grandes sociétés contre un étranger qui troublerait l'ordre de ces sociétés? Des millions d'hommes réunis en corps d'état, seraient-ils dépouillés du droit de la défense naturelle, tandis qu'un pareil droit est sacré dans la personne du moindre individu? — Aussi, chez toutes les nations, les étrangers qui délinquent, sont traduits devant les tribunaux du pays. — Nous ne parlons pas des ambassadeurs; ce qui les concerne est reglé par le droit des gens et par les traités. (*V. Ministre public.*)

» S'agit-il des Lois ordinaires? On a toujours distingué celles qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes, d'avec celles qui règlent la disposition des biens. Les premières sont appelées *personnelles* et les secondes *réelles*.

» Les Lois personnelles suivent la personne partout. Ainsi, la Loi française, avec des yeux de mère, suit les Français jusque dans les régions les plus éloignées; elle les suit jusqu'aux extrémités du globe. — La qualité de Français, comme celle d'étranger, est l'ouvrage de la nature ou celui de la Loi. On est Français par la nature, quand on l'est par sa naissance, par son origine; on l'est par la Loi, quand on le devient en remplissant toutes les conditions que la Loi prescrit pour effacer les vices de la naissance ou de l'origine. — Mais il suffit d'être Français pour être régi par la Loi française, dans tout ce qui concerne l'état de sa personne. — Un Français, ne peut faire fraude aux Lois de son pays pour aller contracter mariage en pays étranger, sans le consentement de ses père et mère, avant l'âge de vingt-cinq ans. Nous citons cet exemple, entre mille autres pareils, pour donner une idée de l'étendue et de la force des Lois personnelles. — Les différens peuples, depuis les progrès du commerce et de la civilisation, ont plus de rapports entre eux qu'ils n'en avaient autrefois. L'histoire du commerce est l'histoire de la communication des hommes. Il est donc plus important qu'il ne l'a jamais été, de fixer la maxime que, dans tout ce qui regarde l'état et la capacité de la personne, le Français, quelque part qu'il soit, continue d'être régi par la Loi française.

» Les Lois qui règlent la disposition des biens, sont appelées *réelles*: ces Lois régissent les immeubles, lors même qu'ils sont possédés par des étrangers. — Ce principe dérive de ce que les publicistes appellent *le domaine éminent du souverain*. Point de méprise sur les mots *domaine éminent*; ce serait une erreur d'en conclure que chaque état a un droit universel de propriété sur tous les biens de son territoire. — Les mots *domaine éminent* n'expriment que le droit qu'a la puissance publique de régler la disposition des biens par des Lois civiles, de lever sur ces biens des impôts proportionnés aux besoins publics, et de disposer de ces mêmes biens pour quelqu'objet d'utilité publique, en indemnisant les particuliers qui les possèdent. — Au citoyen appartient la propriété, et au souverain l'Empire. Telle est la maxime de tous les pays et de tous les temps. Mais les propriétés particulières des citoyens, réunies et contiguës, forment le territoire public d'un Etat; et, relativement aux nations étrangères, ce territoire forme un seul tout qui est sous l'empire du souverain ou de l'Etat. La souveraineté est un droit à la fois réel et personnel. Conséquemment, aucune partie du territoire ne peut être soustraite à l'administration du souverain, comme aucune personne habitant le territoire, ne peut être soustraite à sa surveillance ni à son autorité. — La souveraineté est indivisible. Elle cesserait de l'être, si les portions d'un même territoire pouvaient être régies par des Lois qui n'émaneraient pas du même souverain. — Il est donc de l'essence même des choses, que les immeubles dont l'ensemble forme le territoire public d'un peuple, soient exclusivement régis par les Lois de ce peuple, quoiqu'une partie de ces immeubles puisse être possédée par des étrangers ».

§. VII. *Les Lois emportent-elles de plein droit la nullité des actes faits contre leurs dispositions?*

V. Nullité, §. 1.

§. VIII. *Est-il au pouvoir des particuliers de déroger aux Lois?*

V. Dérogation, n. 2, *Acte sous seing-privé*, §. 2, *Nullité*, §. 3, et *Renonciation*.

§. IX. *Les Lois peuvent-elles rétroagir, et dans quels cas rétroagissent-elles sur le passé?*

I. C'est un principe général que les Lois n'ont pas d'effet rétroactif.

« L'office des Lois est de régler l'avenir (disait M. Portalis, dans l'*Exposé des motifs* du tit. 1er du Code Napoléon); le passé n'est plus en leur pouvoir. — Par tout où la rétroactivité des Lois serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même. — La Loi naturelle n'est limitée, ni par le temps, ni par les lieux, parcequ'elle est de tous les pays et de tous les siècles. — Mais les Lois positives, qui sont l'ouvrage des hommes, n'existent pour nous que quand on les promulgue, et elles ne peuvent

Source : BIU Cujas

avoir d'effet que quand elles existent. — La liberté civile consiste dans le droit de faire ce que la Loi ne prohibe pas, ou regarde comme permis tout ce qui n'est pas défendu. — Que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup, il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions, ou troublé dans ses droits acquis, par une Loi postérieure? — Ne confondons pas les jugemens avec les Lois. Il est de la nature des jugemens de régler le passé, parcequ'ils ne peuvent intervenir que sur des actions ouvertes, et sur des faits auxquels ils appliquent les Lois existantes. Mais le passé ne saurait être du domaine des Lois nouvelles, qui ne le régissaient pas. — Le pouvoir législatif est la toute-puissance humaine. — La Loi établit, conserve, change, modifie, perfectionne, détruit ce qui est; elle crée ce qui n'est pas encore. La tête d'un grand législateur est une espèce d'Olympe d'où partent ces idées vastes, ces conceptions heureuses, qui président au bonheur des hommes et à la destinée des Empires. Mais le pouvoir de la Loi ne peut s'étendre sur des choses qui ne sont plus, et qui, par-là même, sont hors de tout pouvoir. — L'homme qui n'occupe qu'un point dans le temps comme dans l'espace, serait un être bien malheureux, s'il ne pouvait pas se croire en sûreté, même pour sa vie passée. Pour cette portion de son existence, n'a-t-il pas déjà porté tout le poids de sa destinée? Le passé peut laisser des regrets; mais il termine toutes les incertitudes. Dans l'ordre de la nature, il n'y a d'incertain que l'avenir; et encore l'incertitude est alors adoucie par l'espérance, cette compagne fidèle de notre faiblesse. Ce serait empirer la triste condition de l'humanité, que de vouloir changer, par le système de la législation, le système de la nature, et de chercher pour un temps qui n'est plus, à faire revivre nos craintes, sans pouvoir nous rendre nos espérances. — Loin de nous l'idée de ces Lois à deux faces qui, ayant sans cesse un œil sur le passé, et l'autre sur l'avenir, dessècheraient la source de la confiance, et deviendraient un principe éternel d'injustice, de bouleversement et de désordre. — Pourquoi, dira-t-on, laisser impunis des abus qui existaient avant la Loi que l'on promulgue pour les réprimer? parcequ'il ne faut pas que le remède soit pire que le mal. Toute Loi naît d'un abus. Il n'y aurait donc point de Loi qui ne dût être rétroactive. Il ne faut point exiger que les hommes soient avant la Loi, ce qu'ils ne doivent devenir que par elle ».

Tous les législateurs ont rendu hommage à ces grands principes.

Les empereurs Théodose et Valens, dans la loi 7, C. *de Legibus*, disaient: *Leges et constitutiones certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari.*

La convention nationale avait, par les lois des 5 brumaire et 17 nivose an 2, fait remonter jusqu'au 14 juillet 1789, l'égalité absolue des partages entre tous les cosuccessibles; mais elle reconnut bientôt l'erreur dans laquelle l'avaient entraînée ceux qui la dominaient alors; rendue à elle-même, et maîtresse de son opinion, elle suspendit ces Lois par un décret du 5 floréal an 3; et par un autre décret du 9 fructidor suivant, elle les déclara comme non avenues. — Elle fit plus: dans la *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*, qu'elle plaça à la tête de la constitution du 5 fructidor an 3, elle déclara formellement, art. 14, *qu'aucune Loi ni criminelle ni civile ne peut avoir d'effet rétroactif.*

Et comme, pour nous servir des expressions de M. Portalis, dans le discours déjà cité, « il est des vérités utiles qu'il ne suffit pas de publier une fois, mais qu'il faut publier toujours, et qui doivent sans cesse frapper l'oreille du magistrat, du juge, du législateur, parcequ'elles doivent constamment être présentes à leur esprit», le Code Napoléon a eu soin de répéter, art. 2: *La Loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.* — *V. Pays réunis*, n. 4.

II. Il est cependant des cas où les Lois nouvelles peuvent étendre leur empire, même sur le passé. La loi 7, C. *de Legibus*, le fait entendre très clairement, lorsqu'après avoir posé le principe général de la non-rétroactivité des Lois, elle y met cette exception: *Nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.*

Mais ces cas, quels sont-ils? Ce sont ceux-là seuls où le législateur peut dire qu'en commandant au passé, il ne fait que remettre en vigueur une Loi préexistante, que rétablir des droits qui n'ont jamais pu être méconnus sans crime.

C'est ainsi que les empereurs Zenon et Anastase, par les Lois 8 et 9, C. *de incestis nuptiis*, déclarèrent nuls les mariages antérieurement contractés, au mépris des Lois, précédentes entre les beaux-frères et les belles-sœurs.

C'est ainsi que l'empereur Constantin, par la Loi 3, C. *de pactis pignorum*, proscrivit les pactes commissoires qui avaient été précédemment faits entre les créanciers et les débiteurs. *V. Pacte commissoire.*

C'est ainsi que l'assemblée constituante, toute ennemie qu'elle s'est montrée constamment de toute espèce de rétroactivité, n'a pas craint, dans la célèbre nuit du 4 août 1789, de détruire la servitude personnelle, la main-morte et la féodalité. Certes, Loi nouvelle ne rétroagit pas réellement, lorsqu'en faisant revivre une Loi écrite dans le Code éternel et imprescriptible de la nature, elle efface, par sa toute-puissance, les actes qui, pendant le sommeil de celle-ci, ont porté atteinte aux droits les plus sacrés de l'homme.

III. Il est d'ailleurs un cas où, même sans que le législateur s'en explique formellement, la Loi nouvelle s'applique au passé comme à l'avenir: c'est lorsque cette Loi ne fait que déclarer le sens dans lequel une Loi antérieure a dû être entendue. *V. Divorce*, sect. 4, §. 10, tome 3, page 753.

Source : BIU Cujas

Les rédacteurs du projet de Code civil avaient fait de cette maxime l'objet d'une addition à l'art. 2 de ce Code : « Néanmoins (avaient-ils dit), la Loi interprétative d'une Loi précédente aura son effet, du jour de la Loi qu'elle explique, sans préjudice des jugemens rendus en dernier ressort, des transactions, décisions arbitrales et autres passées en force de chose jugée ». — Mais dans la discussion au conseil d'état, cette seconde partie de l'art. 2 donna lieu à des observations que le procès-verbal nous retrace en ces termes :

« M. Portalis expose que le principe de la non-rétroactivité des Lois ne peut être contesté. — Tous les tribunaux, continue-t-il, approuvent la première partie de l'article, mais la seconde est l'objet de plusieurs observations. — Le tribunal d'Agen prétend que les Lois même simplement interprétatives ou explicatives ne doivent point avoir d'effet rétroactif. — L'opinion de ce tribunal est isolée. — Ceux de Lyon et de Toulouse voudraient que l'on déterminât les bornes dans lesquelles une Loi purement explicative doit se renfermer. — Le tribunal de Douai observe que *les jugemens en dernier ressort* ne sont pas les seuls qu'on doive respecter dans l'application d'une Loi interprétative ; que les jugemens de première instance qui ont été acquiescés, ou dont on n'a point interjeté appel dans le délai de droit, méritent la même faveur. — L'observation est juste : on pourrait aisément remplir les vues de ceux qui la font, en ajoutant un mot qui peut envelopper toutes les *décisions passées en force de chose jugée*. — Mais il serait plus difficile de déterminer en thèse ce qu'on doit entendre par une Loi purement interprétative. — Il serait peut-être sage de supprimer la seconde partie de l'article, en laissant les choses dans les termes du droit commun.

» M. Defermont dit que le principe de la non-rétroactivité, quoique incontestable, ne doit pas être réduit en disposition législative, parcequ'il n'établit qu'un précepte pour les législateurs.

» M. Boulay répond qu'il établit aussi un précepte pour les juges.

» Plusieurs membres demandent que la seconde partie de l'article soit retranchée : ils la regardent comme inutile.

» Le conseil adopte la première partie de l'article, et retranche la seconde ».

On voit que, tout en supprimant la seconde partie de l'art. 2 du Code Napoléon, le conseil d'état n'a pas laissé de reconnaître le principe qu'elle énonçait.

Du reste, l'exception qu'elle apportait à ce principe, pour le cas où la Loi interprétative aurait été précédée d'un jugement passé en chose jugée ou d'une transaction, avait déjà été confirmée par un arrêt de la cour de cassation, du 13 brumaire an 9. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Chose jugée*, §. 8.

IV. Du principe que les Lois n'ont point d'effet rétroactif, il ne faut pas conclure qu'une Loi nouvelle ne puisse pas éteindre, et n'éteigne pas, en effet, des droits qui ne sont pas encore acquis au moment de sa publication. *V. Coutumier.*

Mais que doit-on entendre, à cet égard, par les mots *Droits acquis?*

Ecoutons Tobias-Jacob Reinharth, dans ses *Selectæ observationes ad Christinæum*, tome 1, obs. 49, n. 5 : *Quæcumque negotia jam ante legem novam latam, quoad essentiam suam, fuerunt perfecta, licet consummationem suam suosque effectus ab actu demùm post legem novam futuro eoque non extensivo, adhuc expectent, ea ad præterita omninò referenda sunt, adeòque ex anterioribus legibus, nequaquam verò ex novâ lege latâ, dijudicanda, modò non integrum sit negotium juxta novæ legis placita emendandi et perficiendi.*

Gluch, dans son Commentaire sur la *jurisprudenti forensis* de Hellfeld, tome 1, §. 21, dit également : « Pour qu'un acte dont l'effet dépend d'un évènement futur qui s'accomplit par un seul fait (*ab actu post legem novam futuro eoque non extensivo*), puisse être considéré comme un acte passé, et que par-là il nous soit défendu de lui appliquer la Loi nouvelle, il faut qu'il ne soit plus possible d'apporter un changement à l'acte dont il s'agit, et de le modifier suivant la Loi nouvelle, sans porter atteinte au droit légalement acquis par un tiers. Par exemple, un noble m'a légué une terre, après son décès ; mais avant que l'héritier institué ait accepté la succession, une Loi nouvelle vient d'être publiée, qui défend de faire passer les terres de cette espèce entre les mains des roturiers. On demande si la Loi nouvelle est applicable au legs dont il s'agit? Je crois que non : par le décès du testateur, qui a eu lieu avant la publication de la Loi nouvelle, le testament du défunt avait obtenu toute sa perfection, et j'avois acquis un droit sur l'immeuble ; l'acte doit donc être considéré comme antérieur à la Loi; car le droit que j'ai de réclamer la terre, n'est plus subordonné qu'à l'acceptation de la succession, et la Loi nouvelle ne peut et ne doit me priver de ce droit acquis. Il en serait autrement si la Loi nouvelle avait été publiée avant le décès du testateur ». — L'auteur ajoute, qu'on ne doit pas appliquer la Loi nouvelle aux actes antérieurs, quoique conditionnels.

Par-là se résout d'elle-même pour la négative, la question de savoir si les Lois nouvelles régissent les effets des contrats passés, ou des testamens dont les auteurs sont morts, avant leur promulgation, lorsque ces effets ne s'ouvrent qu'après leur promulgation même. *V. Choix*, n. 10; *Gains nuptiaux*, §. 2; *Intérêts*, §. 6, n. 2; et le plaidoyer du 15, ainsi que l'arrêt du 20 janvier 1806, rapportés au mot *Viduité*.

V. Du principe que les Lois n'ont point d'effet

Source : BIU Cujas

rétroactif, il ne faut pas non plus conclure qu'une Loi qui introduit de nouvelles règles sur l'état des personnes, ne puisse jamais être appliquée, du moment de sa publication, aux personnes qui, jusqu'alors, avaient été dans un état différent. — Il y a, à cet égard, une distinction à faire : — ou la Loi nouvelle améliore l'état des personnes qu'elle a en vue, ou elle l'empire.

Si elle l'améliore, sans nuire aux droits acquis à des tiers, elle doit être appliquée sur-le-champ. *V.* l'arrêt de la cour de cassation, du 20 mai 1806, rapporté au mot *Prodigue*, §. 7.

Si elle l'empire, elle ne peut être appliquée qu'aux personnes qui, au moment de sa publication, se trouvent encore dans l'état dont elle détermine la durée. C'est ce que la cour de cassation vient de juger dans l'espèce suivante.

La veuve Garde se pourvoit contre le sieur Veyrans, en rescision d'un acte passé entre eux en 1761. Sa fille et le sieur Fabre, son mari, interviennent dans l'instance. — Le 3 messidor an 8, jugement du tribunal civil du département de l'Ardèche, qui, sans avoir égard à l'intervention des sieurs et dame Fabre, rejette la demande de la veuve Garde. — Appel de la part des sieur et dame Fabre. — Le sieur Veyrans, intimé sur cet appel, vient à mourir. Le 17 brumaire an 10, les appelans citent en reprise la dame Chalendat, sa veuve, et Fanni Veyrans, sa fille. — Celle-ci étant mineure pubère, et par conséquent hors de tutelle, suivant les Lois romaines observées alors dans le département de l'Ardèche, on lui nomme un curateur aux causes. — Par arrêt du 18 messidor an 11, la cour d'appel de Nîmes réforme le jugement du tribunal de l'Ardèche, et rescinde l'acte de 1761. — Cet arrêt est suivi d'un autre, du 25 floréal an 12, dont il est inutile de rappeler les détails. — La veuve Veyrans, prenant la qualité de tutrice de Fanni Veyrans, sa fille, attaque ces deux arrêts et en demande la nullité, attendu que Fanni ayant été replacée sous sa tutelle par la Loi du 5 germinal an 11 (formant aujourd'hui le tit. 10 du liv. 1 du Code Napoléon), elle n'a pas pu ester en jugement sous la seule autorisation d'un curateur aux causes. — Le sieur et la dame Fabre répondent, 1° que la dame Veyrans est non-recevable dans la forme, attendu qu'elle n'a pris ni la voie de la requête civile, ni celle de la cassation; 2° qu'au fond, la mineure Fanni Veyrans était sortie de tutelle avant la Loi du 5 germinal an 11; qu'elle n'a pas pu y retomber par l'effet de cette Loi; qu'ainsi, les procédures faites avec elle, sont valables et régulières.

Par arrêt du 3 fructidor an 13, « considérant que les art. 388 et 488 du Code civil ont fixé la majorité à vingt-un ans accomplis; que, jusqu'à sa majorité, l'enfant reste sous la puissance paternelle, et à défaut de son père, sous la tutelle de sa mère ou d'un tuteur élu; que l'art. 388 ni aucun autre ne fait de distinction entre les pubères des pays de droit écrit, et les mineurs des pays coutumiers, et qu'il est conçu au présent, et dispose en des termes généraux : *le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe, qui n'a point atteint l'âge de vingt-un ans accomplis;* que cette disposition embrasse tous les individus non majeurs, sans restriction ni exception; que l'un des principaux buts du Code civil a été de rendre générale et uniforme la législation, en sorte que l'esprit et les expressions du Code concourent à faire décider que toute personne non âgée de vingt-un ans est incapable des actes de la vie civile, sauf la réserve portée au titre du Code sur le mariage; — Qu'à la vérité, la Loi ne doit avoir et n'a pas, suivant l'art. 2, d'effet rétroactif; mais qu'il n'y a point de rétroactivité dans la disposition qui replace sous la tutelle, jusqu'à l'accomplissement de la vingt et unième année, les mineurs qui, dans les départemens régis par le droit écrit, en avaient été affranchis par l'entrée en puberté; qu'en effet la Loi ne rétroagit que lorsqu'elle enlève un droit acquis et irrévocablement acquis; que le droit d'être *sui juris*, à telle ou telle époque, ne saurait être considéré comme irrévocable, parceque, si la Loi l'a donné, il est à son pouvoir de l'ôter; qu'en le donnant, elle n'a pu se priver de la faculté inhérente à la puissance législative, de se réformer; qu'il y aurait rétroaction dans le cas où, frappant d'interdiction le pubère, elle détruirait les actes émanés de lui, lorsqu'il avait capacité pour contracter; mais qu'en lui prohibant d'en consentir, elle ne dispose pas du passé; que telle a été l'opinion de la cour, dès la publication de la Loi sur la minorité; considérant que, par l'assignation du 17 brumaire an 10, Fanni Veyrans a été citée pour voir reprendre l'instance mise hors de droit par le décès de son père; que si la veuve Veyrans, sa mère, fut également citée, ce ne fut pas seulement en qualité de tutrice, mais personnellement; qu'elle ne pouvait même être convenue en cette qualité, puisqu'elle ne l'avait pas, Fanni Veyrans étant alors pubère et capable d'ester en jugement; que les mariés Fabre ont reconnu n'avois mis en cause la veuve Veyrans, que pour son intérêt particulier, en requérant à l'audience du 12 nivose an 10, qu'il fût pourvu de curateur à Fanni Veyrans; — Considérant que, par la Loi du 5 germinal an 11, Fanni Veyrans a été privée de l'exercice personnel de ses droits civils, notamment de celui d'ester en jugement; que ce changement a eu l'effet, comme son décès l'aurait eu, de mettre l'instance hors de droit; que le mandat par elle donné à son avoué de postuler, a pris fin avec la capacité qu'elle avait de le donner; que ses actions actives et passives sont passées de sa tête sur celle de sa tutrice; que cette tutrice, devenue partie nécessaire, devait être citée en reprise d'instance, et que, jusqu'à cette reprise, il était inhibé à chacune des parties de faire des poursuites; que l'art. 2 du tit. 27 de l'ordonnance de 1667, qui contient cette prohibition, déclare

Source : BIU Cujas

nulles les procédures faites, et les jugemens intervenus depuis la mise de l'instance hors de droit, ou quand le procureur ne peut plus postuler; — Que, pour obtenir l'annullation de ces poursuites et des arrêts qui en ont été la suite, la veuve Veyrans n'a pas dû recourir à la voie de la tierce-opposition, ni à celle de la requête civile, la tierce-opposition n'étant ouverte qu'à ceux qui sont lésés par des jugemens rendus entre des tiers, et la requête civile étant une voie extraordinaire, réservée à ceux qui ont été contradictoirement condamnés; que Fanni Veyrans n'a pas été défendue, puisqu'elle a plaidé elle-même, quoique privée de la vie civile, puisque la Loi lui avait donné sa mère pour seul et légitime défenseur; ce qui fait que, quoiqu'elle ait assisté dans l'instance, ce n'a été que matériellement; que cependant les arrêts attaqués contiennent des dispositions exécutoires contre elle; — Par ces motifs, la cour (d'appel de Nîmes), déclare nuls tant les actes de procédure, que les arrêts intervenus sur iceux, et tout l'ensuivi, depuis la publication de la Loi du 5 germinal an 11; ordonne la reprise de l'instance, pour être statué sur le fond des contestations, ainsi qu'il appartiendra ».

Les sieur et dame Fabre se pourvoient en cassation contre cet arrêt; et le 6 avril 1808, au rapport de M. Liborel, après un délibéré, — « Vu l'art. 390 du Code Napoléon; et attendu qu'il résulte de cet article, que les enfans mineurs ne doivent tomber sous la tutelle de leurs père et mère, que lorsqu'ils ne sont pas émancipés; que dans l'espèce, Fanni Veyrans étant pubère lors de la publication du tit. 10 du Code Napoléon, et par conséquent réputée émancipée, n'était pas sujette à la tutelle de droit établie par cet article; et qu'ainsi, l'arrêt dénoncé, en jugeant qu'elle était retombée sous la tutelle de sa mère, et en annullant en conséquence les arrêts des 18 messidor an 11 et 25 floréal an 12, rendus contre ladite Fanni Veyrans, non pourvue de tuteur, a fait une fausse application de l'art. 390 du Code Napoléon, et contrevenu par suite à l'autorité de la chose jugée; la cour casse et annulle..... ».

VI. La distinction que nous venons de faire, par rapport à l'état des personnes, entre le cas où cet état est amélioré et celui où il est empiré par une loi nouvelle, on doit la faire également, par rapport aux crimes et aux délits, entre le cas où la Loi du temps de la condamnation est plus douce, et le cas où elle est plus sévère que celle du temps du délit ou du crime. *V. Peine*, n. 9.

VII. Le principe qui ôte aux Lois tout effet rétroactif, est-il applicable à une Loi, qui, au moment où l'instruction d'une affaire se trouve commencée, prescrit de nouvelles formes pour la suite de cette instruction? *V.* le plaidoyer et l'arrêt du 4 messidor an 12, rapportés à l'article *Compétence*, §. 3.

§. X. *Par qui et comment les Lois doivent-elles être interprétées?*

I. La question de savoir à qui appartient l'interprétation des Lois, est suffisamment traitée au mot *Interprétation*, n. 3.

II. La première chose à faire pour bien interpréter une Loi, c'est de la lire en entier, et d'en rapprocher toutes les parties les unes des autres: *Incivile est, nisi totâ lege perspectâ, unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, judicare vel respondere*, dit la Loi 24, D. *de legibus*. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Triage*, §. 2.]]

* Les obscurités, les ambiguités et les autres défauts d'expressions qui peuvent rendre douteux le sens d'une Loi, et toutes les autres difficultés relatives à la manière de bien entendre et d'appliquer les Lois, doivent se résoudre par le sens le plus naturel, qui se rapporte le plus au sujet, qui est le plus conforme à l'intention du législateur, et que l'équité favorise le plus: il faut pour cela considérer la nature de la Loi, ses motifs, les rapports qu'elle a aux autres Lois, les exceptions qui peuvent la restreindre, et enfin tout ce qui peut servir à en développer l'esprit.

[[*V.* le plaidoyer du 4 janvier 1808, rapporté à l'article *Substitution fideicommissaire*, sect. 1, §. 14.

L'argument *à contrario sensu*, est-il toujours concluant, lorsqu'il s'agit d'interpréter une Loi? *V. Argument.*

Les motifs d'une Loi sont-ils des guides toujours sûrs pour l'interpréter? Non. *V. Divorce*, sect. 4, §. 10, tome 3, page 750; et mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Notaire*, §. 3.

L'intitulé des Lois émanées des assemblées nationales avant la constitution de l'an 8, peut-il servir à leur interprétation? Non. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Voiture* (lettre de), §. 1.]]

Si, dans une Loi, il se trouve que le législateur a omis d'exprimer une chose essentielle, et dont l'expression aurait donné à cette Loi sa perfection, on peut en ce cas suppléer à ce qui a été omis, et étendre la disposition de la Loi à ce qui, étant compris dans l'intention du législateur, manquait dans les termes.

Si, au contraire, les termes d'une Loi en expriment clairement le sens et l'intention, il faut s'y conformer, [[quels que puissent en être les inconvéniens. *V.* le requisitoire et l'arrêt du 26 août 1807, rapportés au mot *Mineur*, §. 4.]] — Mais si le véritable sens de la Loi ne peut pas être suffisamment entendu par les interprétations qui peuvent s'en faire selon les règles qu'on vient de donner, ou que ce sens étant clair, il en résulte quelque effet nuisible au bien public, [[que doit faire le juge? *V. Doute.*]]

Les Lois qui favorisent ce que le bien public,

Source : BIU Cujas

l'humanité, la religion, la liberté des conventions et d'autres motifs de ce genre rendent favorables, et celles dont les dispositions sont en faveur de quelques personnes, doivent s'interpréter avec l'étendue que peut y donner la nature de ces motifs jointe à l'équité, et ne doivent pas s'interpréter durement, ni s'appliquer d'une manière qui puisse préjudicier aux personnes que ces Lois ont voulu favoriser. — [[*Nulla juris ratio aut æquitatis benignitas patitur ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducta sunt, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.* Loi 25, D. *de legibus.*]]

Les Lois qui restreignent la liberté naturelle, celles qui établissent des peines, celles qui prescrivent certaines formalités, et les autres semblables, doivent s'interpréter de manière qu'on n'en applique pas les dispositions à des cas auxquels elles ne s'étendent point, et qu'au contraire on y donne les tempéramens d'équité et d'humanité dont elles sont susceptibles.

Si quelque Loi se trouve établie par des considérations particulières, contre d'autres règles ou contre le droit commun, elle ne doit être tirée à aucune conséquence au-delà des cas qu'elle a prévus. — [[*Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.* Loi 14, D. *de legibus.*]]

Quand les Lois où il se trouve quelque doute ou quelque autre difficulté, ont rapport à une autre Loi qui peut en éclaircir le sens, il faut préférer à toute autre interprétation celle que donne cette autre Loi.

Si les difficultés qui peuvent se rencontrer dans l'interprétation d'une Loi, se trouvent expliquées par un ancien usage confirmé par une longue suite de jugemens uniformes, on doit s'en tenir au sens indiqué par un tel usage, qui est le meilleur interprète des Lois. — [[*Minimè sunt mutanda quæ interpretationem certam semper habuerunt.* (Loi 23, D. *de legibus*). — *Si de interpretatione legis quæratur, inprimis inspiciendum est quo jure civitas retrò in ejusmodi casibus usa fuisset : optima enim est legum interpres consuetudo.* (Loi 37, D. *eod. tit.*). — *Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuò similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere.* Loi 38, D. *eod. tit.*]]

Toute Loi doit être étendue à ce qui est essentiel à l'objet qu'elle a en vue : c'est pourquoi de la Loi qui permet aux adultes de se marier, dérive la conséquence, que ceux qui se marient à cet âge, peuvent s'obliger valablement, relativement à la dot, au douaire et aux autres conventions matrimoniales. [[*V. Ameublissement.*]]

Lorsqu'une Loi autorise à faire quelque chose, on en tire des conséquences du plus au moins. Ainsi, celui qui a le droit de donner ses biens, est à plus forte raison fondé à les vendre; et celui qui a le droit d'instituer des héritiers par un testament, peut à plus forte raison faire des legs.

Quand, au contraire, une Loi fait des défenses, on en tire des conséquences du moins au plus. Ainsi, le prodigue à qui l'on a interdit l'administration de ses biens, ne peut pas, à plus forte raison, les aliéner.

Observez que cette extension des Lois du plus au moins, ou du moins au plus, doit être limitée aux choses qui sont de même genre que celles dont la Loi dispose, ou qui sont telles que l'esprit de la Loi s'y applique naturellement. Mais il ne faut pas tirer la conséquence du plus au moins, ni du moins au plus, quand il s'agit de choses de différens genres, ou qui sont telles que le motif de la Loi ne doive pas s'y étendre. Ainsi, la Loi qui autorise les adultes mineurs à se marier et à hypothéquer leurs biens pour les conventions matrimoniales, ne doit pas être étendue à d'autres conventions, quoique moins importantes. Pareillement, les Lois qui notent d'infamie, seraient mal à propos étendues à la privation des biens, quoique l'honneur soit plus considérable que la fortune. [[*V.* ci-après, §. 11.]]

Lorsqu'une Loi fait cesser la recherche d'un abus qu'elle pardonne pour le passé, il faut en conclure qu'elle le défend pour l'avenir. [[*Cùm lex in præteritum quid indulget, in futurum vetat.* Loi 22, D. *de legibus.*]] Au surplus, le législateur a coutume d'exprimer ces défenses. C'est ainsi que l'édit de 1606, qui empêche la recherche de ceux qui avaient perçu des intérêts d'argent prêté par obligation, ne manqua pas de défendre ces intérêts pour l'avenir. (M. Guyot.) *

[[§. XI *de l'abrogation des Lois.*

I. Toute Loi nouvelle abroge nécessairement, lors même qu'elle ne l'exprime pas, les Lois précédentes dont elle contrarie les dispositions. *Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his quæ ipsas præcesserunt*, dit la Loi 4, D. *de constitutionibus principum.*

II. Mais elle ne les abroge que dans celles de leurs dispositions qui ne peuvent pas s'accorder avec les siennes. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Délits ruraux*, *Douanes* §. 5, *Huissiers des juges de paix*, §. 2, et *Tribunal d'appel*, §. 3.

Ainsi, une Loi qui déroge à un point de droit commun, ne peut pas être étendue hors de ses termes précis. L'extension n'en est même pas permise, sous le prétexte que les raisons qui l'ont déterminée, s'appliquent *à fortiori* au cas sur lequel elle a gardé le silence. — L'argument *à fortiori* est sans doute concluant pour l'interprétation des Lois qui sont calquées sur le droit commun; mais il ne l'est point du tout, il est même insignifiant pour l'application d'une Loi

Source : BIU Cujas

dérogatoire au droit commun, à des cas qu'elle n'a pas exprimés formellement. Encore une fois, toute dérogation au droit commun doit être rigoureusement limitée aux objets marqués par le législateur; et l'étendre à d'autres objets, c'est entreprendre sur les attributions du législateur lui-même, c'est usurper sa puissance. — On peut consulter là-dessus Jacques Coren, observ. 38, n. 8, 9 et 10; Menochius, *de præsumptionibus*, liv. 6, *præs.* 38; et Vinnius, sur les Institutes, titre *de adoptionibus*, n° dernier.

V. le Commentaire de Voët, sur le Digeste, titre *de legibus;* le *Traité des Lois* de Domat; *Razionali sul codice Napoleone*, par M. Laberio, professeur de droit à Gênes; et les articles *Abrogation, Dérogation, Déclaration du roi, Édit, Ordonnance, Placards, Coutume, Usage, Souveraineté, Bar*, etc.]]

[[LOI AGRAIRE. *V. Agraire.*]]

[[LOI (*amende*). *V. Jugement de Loi.*]]

* LOI APPARENTE. On appelle ainsi en Normandie un bref ou des lettres royaux qu'on obtient en chancellerie, à l'effet de recouvrer la possession d'un héritage dont on est propriétaire et que l'on a perdu. — Cette forme de revendication est particulière à la coutume de Normandie.

Pour pouvoir agir par Loi Apparente, il faut que trois choses concourent : — 1° Que le demandeur justifie son droit de propriété, et qu'il a perdu la possession depuis moins de quarante ans; — 2° Que celui contre qui la demande est faite, soit possesseur de l'héritage, et qu'il n'ait aucun droit à la propriété; — 3° Que l'héritage contentieux soit désigné clairement dans les lettres, par sa situation et par ses confins.

[Cette action est si favorable aux yeux de la coutume, qu'elle permet, art. 545, à la femme mariée dont le mari est absent, de l'intenter, sans autorisation, contre les possesseurs injustes des biens qui lui appartiennent.

Et ce qu'il y a de bien plus singulier, il a été jugé par un arrêt du parlement de Normandie, du 4 décembre 1609, qu'un héritier présomptif a le même droit, en l'absence du propriétaire.

On vient de voir que pour être fondé à agir par Loi Apparente, il faut justifier son droit de propriété.

Cette preuve, dit Houard (*Dictionnaire de Droit normand*, au mot *Apparente*), doit se faire par des titres bien authentiques et à l'abri de toute exception. Des aveux, par exemple, sont insuffisans pour l'autoriser. C'est ce qu'a jugé un arrêt du 27 juillet 1736.

Il en serait de même d'un contrat de vente, s'il n'avait pas été suivi de prise de possession, et que, depuis sa passation, il se fût écoulé trente ans. Un arrêt du 2 mars 1645, rapporté par Basnage, sur l'art. 60, juge que celui qui, ayant acheté un héritage, n'en a pas pris possession, est non-recevable, après trente ans, à revendiquer la propriété par lettres de Loi Apparente. La raison en est que, dans ce cas, l'acheteur n'a qu'une action personnelle qui se prescrit par trente ans.

Lorsque le demandeur n'a pas de titres de propriété, il n'est pas pour cela sans ressource. Il peut demander à prouver qu'il a joui *par et depuis quarante ans;* c'est le sentiment de Bérault et de Pesnelle. Il faut, selon eux, que l'impétrant des lettres de Loi Apparente, en montrant son titre, justifie sa possession depuis quarante ans; ou s'il ne rapporte point de titre, qu'il prouve une possession précédente et continue *par et depuis quarante ans.*

Ce sentiment, dit Houard, est fondé sur l'art. 521 de la coutume, suivant lequel, *possession quadragénaire vaut titre*, c'est-à-dire, qu'elle a autant de force qu'un titre écrit; et si la possession de quarante ans n'avait pas cette force, si par elle on ne pouvait pas détruire le titre que donne une possession annale, celui qui aurait la possession d'an et jour rendrait vains et illusoires quarante et cinquante ans de possessions.

La plupart des familles n'ont souvent que cette possession pour garant de leur propriété; ce serait les ruiner que de les obliger à joindre un titre aux preuves de possession quadragénaire. En un mot, pour recouvrer une propriété, il ne faut qu'un titre, et non deux; la possession quadragénaire est un titre, donc cette possession suffit pour le recouvrement.

Au surplus, l'usage est conforme à l'opinion dont il s'agit. Ce qui le prouve, c'est que les lettres de Loi Apparente qu'on obtient à la chancellerie du palais à Rouen, autorisent toujours le juge, « lorsqu'il lui apparaîtra que l'impétrant ou ses prédécesseurs ont joui des fonds qu'il réclame depuis quarante ans, s'il a un titre, et par et depuis quarante ans, s'il n'a pas de titre, à relever ce dernier du tort que lui a causé la jouissance que d'autres en ont eue ».]

Pendant cette instance de revendication, le défendeur demeure toujours en possession de l'héritage; mais si, par l'événement, il succombe, il est condamné à la restitution des fruits par lui perçus depuis la demande en Loi apparente. (M. Guyot.)*

[[Aujourd'hui, il n'est plus besoin, même dans la ci-devant Normandie, de lettres de chancellerie pour intenter une action en revendication (*V. Chancellerie*); et dans la ci-devant Normandie, comme par-tout ailleurs, cette action se prescrit, tantôt par dix, tantôt par vingt, tantôt par trente ans, suivant les distinctions établies par le Code Napoléon, art. 2262 et 2265.]]

* LOI DE BEAUMONT. Sur la fin du douzième siècle, parut dans la Champagne une charte qui fut regardée comme une espèce de météore, parceque les hommes y sont comptés pour quelque chose.

Source : BIU Cujas

La liberté et la propriété, ces deux divinités tutélaires de l'espèce humaine, présidèrent à la rédaction de cette Loi : elle est de Guillaume aux blanches mains, archevêque de Rheims, et cardinal du titre de Sainte-Sabine. Ce prélat, fondateur de la ville de Beaumont-les-Argonne, donna ce diplôme à sa nouvelle colonie en 1182.

Cette charte, connue sous la dénomination de *Loi de Beaumont*, fut publiée en latin et en français ; elle contient cinquante-quatre articles : on en trouve le texte français dans l'histoire de Lorraine, par dom Calmet, tome 2, *aux preuves*, page 537 ; le texte latin se trouve dans le dépôt de la chambre des comptes de Bar.

La sagesse de cette Loi opéra une révolution, non seulement dans le petit pays d'Argonne où elle se trouvait établie, mais encore dans toutes les provinces qui l'entouraient ou qui l'approchaient : la Lorraine, le Barrois, le Verdunois, la Champagne, accoururent à la Loi de Beaumont. Les choses en vinrent au point, que les seigneurs ne se tenaient plus assurés de conserver leurs hommes, s'ils ne consentaient à leur jurer la Loi de Beaumont ; ainsi, la publication de cette Loi fut pour l'humanité une époque mémorable.

Le Clermontois, qui, dans la plus grande portion, fait partie du pays d'Argonne, marqua bientôt aux seigneurs qui le gouvernaient, le désir le plus vif d'être régi par la Loi de Beaumont : elle fut accordée à la plupart, et peut-être à tous les lieux qui composent le Clermontois. Plusieurs en ont conservé les chartes particulières. — Celle de la ville de Varennes, donnée par Thibaut, comte de Bar, est de 1243, au mois de novembre ; elle est rapportée par dom Calmet, *Preuves*, pag. 458. — Celle de la ville de Stenay fut antérieure, puisqu'on la trouve rappelée dans une charte du même prince, du mois de février 1243. Stenay n'est qu'à deux lieues de Beaumont ; c'est la même forêt de Dieulet qui donne des bois à la ville de Beaumont et à celle de Stenay. — On reconnaît au reste l'effet de cette Loi à des signes certains dans les lieux où elle a été établie, et qui ont su en conserver la possession. Quand on trouve dans les lieux du Clermontois des fours et des moulins banaux au profit du seigneur, et en faveur des habitans, une justice municipale, des bois communaux chargés du chauffage des fours, et la possession de pêcher en la rivière, on peut se tenir assuré que ces lieux ont été jurés à la Loi de Beaumont.

Voici les principaux articles de cette Loi. — « 1. Que chaque bourgeois qui aura maison dans la ville de Beaumont, payera au seigneur douze deniers par chacun an, à peine de deux sous d'amende. — 2. Qu'il sera loisible aux bourgeois de vendre et acheter dans la ville de Beaumont, sans vinaige et sans tonnelieu payer. — 3. Que chaque fauchée de prés payera quatre deniers le jour de la fête de Saint-Rémi. — 4. En la terre qui est cultivée, vous payerez de douze gerbes, deux ; et en la terre qui sera mise de bois à champs, vous payerez de quatorze gerbes, deux. — 5. Nous ferons fours en la ville de Beaumont, qui nôtres seront, auxquels vous apporterez votre pain à cuir par ban, et de vingt-quatre pains, vous payerez ung. — 6. Nous y ferons aussi moulins, où vous venrez moudre par ban, ou au moulin de l'Estagne ; et de vingt septiers, vous payerez ung. — 7. Si aucun homme est accusé de ses dîmes ou de ses terraiges, ou dou ban des moulins, ou du fond brisié, qu'il s'en purgera par son serment seul. — 8. A ces choses, nous vous octroyons l'usance des eaux et des bois, si comme entre vous et les hommes de Lestague, et les hommes d'Oüe, et les frères de Belvat, divise sera. — 9. En la ville de Beaumont, li jurés seront établis, et li maires aussi, qui nous jurera feauté, et répondra à nos menistres des rentes et des issues de la ville ; maire ni les mairiers, ni les jurés, ne demorront en leurs offices que par un an, si ce n'est par le consentement de tous. — 28. Ce qui sera fait devant les jurés, sera séant et stable, sans contredire. — 54. Li archevêque donnera procuration pour le plaids général, trois fois l'an, au mayeur et aux jurés, pour chacune fois cinq sous ; et li maire et jurés, tant qu'ils seront en leurs offices, seront quittes chacun de la rente d'une mesure et d'un courtis ».

Nous n'avons rapporté de cette charte que les principaux articles ; quant au surplus, les uns concernent l'établissement et la juridiction des maire et échevins dans la ville de Beaumont, et les autres concernent la propriété des bois des habitans de ce lieu.

Il a été jugé par un arrêt du conseil d'état du roi du 9 mai 1769, que l'usage des bois accordés aux habitans de Beaumont par la charte de 1182, emportait la pleine propriété de ces bois, et que, d'un autre côté, la concession en avait été faite à titre onéreux, parceque Guillaume, archevêque de Rheims, avait établi des cens sur les prés des habitans, un droit de terrage sur leurs terres, et la banalité des fours et moulins. Et en conséquence, le roi a permis aux habitans de la ville de Beaumont, de vendre à leur profit cent soixante-dix arpens de bois de réserve, à l'effet d'en employer le prix aux besoins exprimés dans l'arrêt, sans la retenue au profit de sa majesté, ni du tiers-denier, ni du triage.

Voilà donc, par cet arrêt de 1769, le sens de la Loi de Beaumont bien déterminé dans la concession qu'elle porte de la rivière et des bois. Ce qui a été déclaré n'être que pour l'usage des membres, était une véritable propriété pour le corps de la communauté des habitans.

Le sens de la Loi étant une fois bien déterminé dans le lieu de son application originaire et principale, que de conséquences doivent en descendre !

1° Les bois et les eaux concedés à des communautés, suivant la Loi de Beaumont, sont possédés par elles à titre onéreux, puisque, à raison

Source : BIU Cujas

de cette concession, elles sont soumises à la banalité et au chauffage des fours, et à la banalité des moulins; aussi n'y a-t-il point eu de triage revendiqué pour le roi dans les bois communs de Beaumont.

2° Puisque la banalité des fours et celle des moulins font le prix de la concession des eaux et des bois, il doit s'ensuivre que ceux qui ne prennent aucune part dans les profits de la commune, quant aux bois ou à la rivière, ne sont pas tenus d'en payer le prix. (M. H....)

LOI GODEFROI. C'est ainsi que l'on appelle la deuxième Loi écrite qui a été donnée à la ville de Cambrai et au comté de Cambresis. Cette dénomination lui vient de l'évêque Godefroy, qui l'a portée en 1227.

Les évêques, et après eux les archevêques de Cambrai avaient autrefois la supériorité territoriale, et ils en exerçaient les droits sous le ressort de l'empire d'Allemagne. Les contestations fréquentes qu'ils essuyaient à ce sujet de la part des bourgeois de Cambrai, qui tendaient toujours à l'indépendance, les obligeaient de temps en temps de recourir à l'empereur. C'est à cette occasion qu'en 1184, Frédéric I donna à cette ville et à tout le Cambresis la première Loi écrite qui y ait paru.

De nouvelles dissensions la firent presque tomber en oubli. L'évêque Godefroy se vit obligé, trente-trois ans après la promulgation qui en avait été faite, de la renouveler et de l'étendre. Il la divisa en 63 articles; et pour la mettre à la portée de tout le monde, il la publia en deux langues, en latin et en français. On sera peut-être bien aise d'en voir ici le préambule :

In nomine sanctæ et individuæ Trinitatis, GODEFRIDUS, *Dei gratiâ, Cameracensis episcopus, universis fidelibus tàm presentibus quàm futuris in perpetuum : Sicut olim per Moïsem dominus plebi suæ leges dedit conscriptas, quæ bonos in pace foverent et à malis compescerent insolentes, sic et forte fortiùs his diebus quibus crevit malitia super terram, idem voluit observari ut scilicet leges tradant subjectis rectores et principes populorum.....*

Undè notum fieri volumus universis, quòd cùm inter nos et etiam prædecessores nostros, ex unâ parte, et cives nostros Cameracenses ex aliâ, dudùm orta fuisset diùque durasset contentio super dominio civitatis, et ex hoc frequenter turbatio inter clerum et populum oriretur; tandem per serenissimos dominos nostros FEDERICUM, *piissimum imperatorem, et* HENRICUM *illustrem regem filium ejus, ac* PRINCIPES *imperii ac regni Alemanniæ so emni judicio declaratum fuisset, quod ad nos et successores nostros et ad ecclesiam nostram pertinebat omninò dominium antedictum.... Nos omnimodis affectantes ut de cætero viverent in pace et justitiâ cives nostri, etc.*

« Nous voulons ke conneute co se soit à tous, ke comme entre nous et nos prédécesseurs, d'une part, et nos citains de Cambrai, d'autre, grant, pièche, afut, meute, contencions et longuement eût duré d'endroit le signourie de le cité; et de chou destourbiets avenist souvent entre le clergiet et le peuple; empardefin par nous hauts signours FEDERI très-piu empereur et le roi HENRI son fils, et les PRINCES de l'empire et del regne d'Allemaigne par solennel jugement, fust déclaré ke à nous et à nos successeurs et à notre église partenait doutout li signourie devant dite.... Nous en toutes manières desirant ke dore-en-avant notre citain vesquissent en pais et en justice, etc. »

Cette Loi règle tout ce qui concerne l'institution des prévôt et échevins de Cambrai, l'administration de la justice civile et criminelle, la forme et l'usage des duels, les peines qu'on doit infliger aux homicides, les réparations d'injures et d'autres objets semblables. Les dispositions qu'elle renferme sur tous ces points, sont presque toutes tombées en désuétude, et ne peuvent plus servir qu'à nous faire connaître l'ancienne jurisprudence de cette province.

[[LOI MARTIALE. On a ainsi appelé une Loi du 21 octobre 1789, qui obligeait les municipalités de déployer la force militaire dans tous les cas où la tranquillité publique était en péril. Voici comment elle était conçue :

« L'assemblée nationale, considerant que la liberté affermit les empires, mais que la licence les détruit; que loin d'être le droit de tout faire, la liberté n'existe que par l'obéissance aux lois; que, si dans les temps calmes, cette obéissance est suffisamment assurée par l'autorité publique ordinaire, il peut survenir des époques difficiles où les peuples, agités par des causes souvent criminelles, deviennent l'instrument d'intrigues qu'ils ignorent; que ces temps de crise nécessitent momentanément des moyens extraordinaires pour maintenir la tranquillité publique, et conserver les droits de tous, a décrété et décrète la présente Loi martiale :

» *Art.* 1. Dans le cas où la tranquillité publique sera en péril, les officiers municipaux des lieux seront tenus, en vertu du pouvoir qu'ils ont reçu de la commune, de déclarer que la force militaire doit être déployée à l'instant pour rétablir l'ordre public, à peine par ces officiers d'être responsables des suites de leur négligence.

» 2. Cette déclaration se fera en exposant à la principale fenêtre de la maison de ville, et en portant dans toutes les rues et carrefours, un drapeau rouge; et en même temps les officiers municipaux requerront les chefs des gardes nationales, des troupes réglées, et des maréchaussées, de prêter main-forte.

» 3. Au signal seul du drapeau rouge, tous attroupemens, avec ou sans armes, deviendront criminels, et devront être dissipés par la force.

» 4. Les gardes nationales, troupes réglées et

Source : BIU Cujas

maréchaussées, requises par les officiers municipaux, seront tenues de marcher sur-le-champ, commandées par leurs officiers, précédées d'un drapeau rouge, et accompagnées d'un officier municipal au moins.

» 5. Il sera demandé par un des officiers municipaux aux personnes attroupées, quelle est la cause de leur réunion, et le grief dont elles demandent le redressement. Elles seront autorisées à nommer six d'entre elles pour exposer leurs réclamations, et présenter leurs pétitions, et tenues de se séparer sur-le-champ et de se retirer paisiblement.

» 6. Faute par les personnes attroupées de se retirer en ce moment, il leur sera fait à haute voix par les officiers municipaux, ou l'un d'eux, trois sommations de se retirer tranquillement dans leur domicile. La première sommation sera exprimée en ces termes : *Avis est donné que la Loi martiale est proclamée, que tous attroupemens sont criminels ; on va faire feu, que les bons citoyens se retirent.* L'officier municipal énoncera que c'est ou la première, ou la seconde, ou la dernière.

» 7. Dans le cas où soit avant, soit pendant le prononcé des sommations, l'attroupement commettrait quelques violences, et pareillement dans le cas où, après les sommations faites, les personnes attroupées ne se retireraient pas paisiblement, la force des armes sera à l'instant déployée contre les séditieux, sans que personne soit responsable des évènemens qui pourront en résulter.

» 8. Dans le cas où le peuple attroupé n'ayant fait aucune violence, se retirerait paisiblement, soit avant, soit immédiatement après la dernière sommation, les moteurs et instigateurs de la sédition, s'ils sont connus, pourront seuls être poursuivis extraordinairement, et condamnés, savoir, à une prison de trois ans, si l'attroupement n'était pas armé, et à la peine de mort, si l'attroupement était en armes. Il ne sera fait aucune poursuite contre les autres.

» 9. Dans le cas où le peuple attroupé ferait quelque violence, ou ne se retirerait pas après la dernière sommation, ceux qui échapperont aux coups de la force militaire, et qui pourront être arrêtés, seront punis d'un emprisonnement d'un an, s'ils étaient sans armes; de trois ans, s'ils étaient armés; et de la peine de mort, s'ils étaient convaincus d'avoir commis des violences. Dans le cas du présent article, les moteurs et instigateurs de la sédition seront de même condamnés à mort.

» 10. Tous chefs, officiers et soldats des gardes nationales, des troupes et des maréchaussées, qui exciteront ou fomenteront des attroupemens, émeutes et séditions, seront déclarés rebelles à la nation, au roi et à la loi, et punis de mort; et ceux qui refuseront le service, à la réquisition des officiers municipaux, seront dégradés et punis de trois ans de prison.

» 11. Il sera dressé par les officiers municipaux, procès-verbal qui contiendra le récit des faits.

» 12. Lorsque le calme sera rétabli, les officiers municipaux rendront un décret qui fera cesser la Loi martiale; et le drapeau rouge sera retiré, et remplacé, pendant huit jours, par un drapeau blanc ».

Cette loi a été abrogée par un décret de la convention nationale du 23 juin 1793. — *V. Attroupemens, Offense à la loi* et *Rébellion.*]]

LOI PORTATIVE. Une *Loi*, dans le langage des coutumes des Pays-Bas, se prend quelquefois pour une compagnie de juges. C'est dans ce sens que l'on se sert en Cambresis et en Hainaut, des mots *Loi portative*, pour désigner un corps de juridiction exploitant hors du territoire du seigneur qui l'a créé.

I. Suivant l'art. 1 du tit. 5 de la coutume de ces deux provinces, on ne peut aliéner valablement un héritage de quelque nature qu'il soit, sans en faire la déshéritance ou dessaisine entre les mains des officiers du seigneur dont il relève immédiatement. Cet usage, conforme à celui de tous les pays de nantissement, est très ancien dans le Cambresis; nous avons sous les yeux, et on trouvera au mot *Nantissement*, une charte de l'empereur Rodolphe, du mois de juin 1284, qui condamne l'abus introduit depuis peu à Cambrai, de vendre les biens-fonds sans la présence et le concours des échevins.

La plupart des coutumes de nantissement permettent aux propriétaires de se dessaisir par procureur des héritages qu'ils veulent aliéner; mais celle de Cambresis est plus sévère. L'art. 3 du titre cité porte que « devoirs de Loi pour déshéritances, rapports ou hypothèques d'héritages, ne se peuvent faire et passer par procureur, si ce n'est pour une communauté, collège ou couvent ».

On a douté si cette disposition devait avoir lieu en cas de maladie ou d'autre empêchement légitime. Voici ce que répond Pollet en son *Recueil d'arrêts du parlement de Flandre* : « Par ces mots, *ne se peuvent faire*, la coutume rend l'impuissance absolue, et empêche qu'on ne puisse autoriser un particulier à passer des devoirs de Loi par procureur, pour quelque cause que ce soit, même pour une maladie mortelle. Résolution du 28 mars 1696, sur la requête présentée par Jacques Chauwin, marchand à Valenciennes, après que les autres chambres ont été consultées, M. Visart a dit qu'il l'avait encore vu refuser ».

Cette rigueur mettrait quelquefois les particuliers dans l'impossibilité de se dessaisir, et conséquemment de disposer en aucune manière de leurs biens, si le placard de 1618, qui défend de passer des devoirs de Loi hors de l'auditoire de la seigneurie dont relèvent les biens qui en sont l'objet, avait été reçu en Cambresis : mais il n'a point été publié dans cette province; et en conséquence, on a continué, après comme avant cette Loi, d'y pratiquer deux moyens inventés pour procurer aux personnes empêchées légitimement ou trop éloi-

Source : BIU Cujas

gnées, la facilité de se dessaisir de leurs héritages, sans se transporter sur les lieux mêmes de la situation.

Le premier de ces moyens est, que les officiers et les hommes du seigneur se rendent eux-mêmes au domicile du propriétaire pour recevoir sa dessaisine. Mais cette voie est très dispendieuse, surtout lorsque le propriétaire demeure fort loin de la seigneurie. C'est pourquoi l'on a plus souvent recours à un expédient plus simple, celui de la *Loi portative*. Voici en quoi il consiste.

Quand il faut passer des devoirs de Loi dans un autre lieu que celui où siége la justice, et que les officiers de la seigneurie ne sont pas requis ou n'aiment pas de s'y transporter, on établit sur les lieux un nouveau corps de juridiction, auquel l'usage de la province a donné le nom de *Loi portative*.

Mais à qui appartient la nomination de cette Loi? Cette question ne peut être décidée que par une distinction.

Les devoirs de Loi concernant les fiefs, doivent être passés en présence d'un bailli et de quatre hommes de fiefs; et ceux qui concernent les roture, en présence d'un mayeur et d'un certain nombre d'échevins.

Ainsi, lorsqu'il est question de passer hors d'une seigneurie, des devoirs de Loi pour des biens féodaux qui y sont situés, le seigneur doit nommer un bailli sur les lieux, et engager quatre de ses vassaux à commettre un pareil nombre de particuliers de l'endroit où doit se faire la dessaisine, pour y intervenir *comme leurs desservans pour cette fois seulement*. La raison de cette pratique est très sensible. — D'un côté, l'art. 10 du tit. 5 de la coutume de Cambresis porte que *baillis, prévôts, mayeurs, ou lieutenans ne peuvent constituer lieutenans pour, en leurs noms, être présens à passer devoirs de Loi:* c'est donc au seigneur qu'appartient, à l'exclusion de son bailli titulaire, la nomination du bailli *ad actum*, qui doit présider la *Loi portative*, créée pour la dessaisine d'un fief. — D'un autre côté, le seigneur ni son bailli titulaire ne peuvent créer des hommes de fiefs par commission; la qualité d'homme de fief ne peut appartenir qu'au possesseur d'un corps féodal, ou qui est nommé par celui-ci pour remplir à sa place les devoirs de vassalité dans la cour du seigneur. C'est donc avec raison que l'on exige pour la création d'une *Loi portative* d'hommes de fiefs, des commissions expresses des vassaux du seigneur de qui relève le bien dont il s'agit de faire la déshéritance.

Si le bien dont on veut passer les devoirs de Loi hors du lieu de la situation, est un mainferme, c'est-à-dire, s'il est tenu en roture, c'est le seigneur ou le bailli indifféremment qui compose la *Loi portative;* ce qu'il fait en commettant des personnes qu'on lui indique sur les lieux, pour faire les fonctions de mayeur et d'échevins. L'égalité du pouvoir du bailli à celui du seigneur en cette matière, est fondée sur le texte même de la coutume. *Le seigneur du lieu*, dit. l'art. 4 du tit. 5, *ou le bailli, peut créer mayeur et échevins nouveaux pour recevoir dessaisine et bailler saisine d'héritages, et en passer et solenniser les devoirs de Loi.* Le mayeur ou prévôt (car ces deux noms sont synonymes en plusieurs endroits) ne peut créer une Loi portative; ce n'est point à lui qu'appartient la nomination des échevins, et l'on a déjà vu qu'il ne peut pas, aux termes de l'art. 10 du tit. 5, *constituer lieutenant pour, en son nom, être présent à passer devoirs de Loi.* Il faut cependant excepter de cette règle les propriétaires des mairies héréditaires, car l'article cité lui permet, non pas, à la vérité, de nommer les échevins qui doivent composer la Loi portative, mais de commettre le mayeur qui doit la présider.

Il faut remarquer ici une inconséquence des usages du Cambresis sur cette matière. La qualité d'échevin n'est pas moins attachée à la glèbe, que celle d'homme de fief; l'une dépend du titre de censitaire, comme l'autre du titre de vassal. Comment donc a-t-on pu permettre au seigneur ou à son bailli, de composer lui-même les *Lois portatives* d'échevins, tandis que l'on a réservé aux propriétaires de biens féodaux le droit de nommer les personnes qui doivent former les *Lois portatives* d'hommes de fiefs? Il est évident que l'on aurait dû, pour se conformer exactement aux vrais principes des juridictions seigneuriales, restreindre aux seuls censitaires la faculté de commettre des échevins *ad hoc*, pour recevoir des devoirs de Loi hors du territoire de leur seigneur, parcequ'encore une fois, la juridiction étant attachée à la glèbe, le droit de juger et d'intervenir dans les dessaisines et saisines, ne peut appartenir qu'aux *pairs féodaux et cottiers*, ou à ceux qu'ils commettent pour les représenter à cet effet.

Quoi qu'il en soit, l'usage de faire nommer par le seigneur ou son bailli, les échevins qui composent les *Lois portatives*, est si constant, qu'il a été reconnu et consacré de nos jours par une Loi précise. Voici ce que porte là-dessus l'art. 11 des lettres-patentes sur arrêt, données le 23 juillet 1773, pour terminer différentes contestations entre l'archevêque-duc de Cambrai, et les échevins de la même ville: « La Loi portative ou les gens de Loi qu'il y aura lieu de nommer à l'effet de recevoir, hors de ladite ville et banlieue, les œuvres de Loi pour héritages situés dans des territoires dépendans de la justice de l'archevêque dans ladite ville et banlieue, seront nommés par ledit archevêque, ou, en son absence, par le bailli de l'archevêché ».

II. L'usage des Lois portatives est aussi très commun dans la province de Hainaut; et les baillis y ont, comme en Cambresis, le droit de les créer concurremment avec les seigneurs: témoin le règlement du chef-lieu de Mons, du 7 mai 1689, qui accorde 48 *sous aux baillis*, pour créer de pareilles *lois*.

Cet usage a été confirmé tout récemment par un

Source : BIU Cujas

arrêt du parlement de Flandre, dont voici l'espèce.

Martin-Joseph Harvent, domicilié à Hon-Hergies, avait épousé Marie-Rose Beaurin. Considérant qu'*elle était sa première femme, et qu'il avait d'elle un enfant vivant*, circonstances d'après lesquelles il était autorisé par la coutume du chef-lieu de Mons à disposer de son bien, et voulant profiter de cet avantage pour régler sa fortune, il fit un acte ou *condition de manbournie*, le 12 octobre 1769. — A l'exemple de tous les habitans de la province, qui regardent leurs gens de Loi comme seuls compétens pour recevoir ces sortes d'actes, Harvent s'adressa au sieur Hennet, bailli de Hon-Hergies, qui, à sa réquisition, créa une *Loi portative pour ce devoir seulement*, conformément à l'usage universellement pratiqué dans le Hainaut, tant français qu'autrichien. — Ce fut devant cette *Loi* que Martin-Joseph Harvent fit son acte de *manbournie*. — Après sa mort, ses héritiers en demandèrent la nullité. Entre autres moyens, ils alléguaient, 1° qu'il ne peut pas exister en même temps deux *Lois*; qu'ainsi, on n'avait pas pu créer, *ad hoc*, une *Loi portative*, tandis qu'il y avait dans le village de Hon-Hergies, un mayeur et des échevins en état de remplir leurs fonctions; 2° qu'en tout cas, il n'appartenait point aux baillis, mais aux seigneurs seulement, d'établir des *Lois* de cette espèce. — Nonobstant ces raisons, sentence du 17 mai 1784, par laquelle les mayeurs et échevins de Hon-Hergies, de l'avis de trois jurisconsultes, du nombre desquels était M. Hennet, prévôt de Maubeuge, ordonnent que la condition de manbournie, du 12 octobre 1769, sera exécutée selon sa forme et teneur; en conséquence déboutent les héritiers Harvent de leur demande en nullité de cet acte, et les condamnent aux dépens. — Appel de leur part au parlement de Flandre. Ils y ont répété les mêmes moyens qu'en première instance, et ils n'y ont pas eu plus de succès. Par arrêt du 29 juillet 1785, rendu à la deuxième chambre, au rapport de M. Le Boucq, la sentence a été confirmée avec amende et dépens.

III. Il est inutile de dire que les *Lois portatives* ne peuvent procéder aux devoirs de Loi dans le territoire où elles sont établies, qu'en vertu d'un *pareatis* du seigneur du lieu. Cela est trop clair pour avoir besoin de preuve. *V.* au surplus, *Main-moyenne* et *Nantissement*.

V. aussi *Déshéritance*, *Devoirs de lois*, *Condition de manbournie*, *Échevins*, *Hommes de fiefs*, *Hommes cottiers*, *Rapport à loi*, *etc.*

[[On a vu aux mots *Devoirs de loi*, §. 4, que les formalités du nantissement sont abolies. Mais il importe encore de les connaître, pour le jugement des contestations qui ont leur source dans des actes passés sous l'ancien régime]].

LOI SALIQUE. *V. Code*, §. 3.

[[LOI SUBALTERNE. Les coutumes de la ci-devant Belgique entendaient par ces mots une juridiction inférieure. *V. Loi portative*, et les lettres du souverain chef-lieu de Mons, du mois de juin 1628, rapporté dans le *Coutumier général*, tome 2, page 193.]]

LORRAINE. *V. Bar*, et *Code*, §. 3.

LOT. *V. Partage*.

* LOTERIE. Sorte de banque où les lots sont tirés au hasard.

[[§. I. *De l'ancien état des Loteries et de leur suppression.*]]

I. L'usage des Loteries est fort ancien. Les Romains, pour célébrer les saturnales, en imaginèrent, dont tous les billets qu'on distribuait *gratis* aux convives, gagnaient quelque prix. — Cette invention était une manière galante de marquer sa libéralité, et de rendre la fête plus vive et plus intéressante, et mettant d'abord tout le monde en bonne humeur.

Auguste goûta beaucoup cette idée; et quoique les billets des Loteries qu'il faisait, consistassent quelquefois en de pures bagatelles, ils étaient imaginés pour donner matière à s'amuser encore davantage; mais Néron, dans les prix que l'on célébrait pour l'éternité de l'empire, étala la plus grande magnificence en ce genre. Il créa des Loteries publiques en faveur du peuple, de mille billets par jour, dont quelques uns suffisaient pour faire la fortune des personnes entre les mains desquelles le hasard les distribuait.

L'empereur Héliogabale trouva plaisant de composer des Loteries, moitié de billets utiles, et moitié de billets qui gagnaient des choses risibles et de nulle valeur : il y avait, par exemple, un billet de six esclaves, un autre de six mouches, un billet d'un vase de grand prix, et un autre d'un vase de terre commune; ainsi du reste.

En 1685, Louis XIV renouvela en France la mémoire des anciennes Loteries romaines : il en fit une fort brillante au sujet du mariage de sa fille avec M. le Duc. Il établit dans le sallon de Marly, quatre boutiques remplies de tout ce que l'industrie des ouvriers de Paris avait produit de plus riche et de plus recherché. Les dames et les hommes nommés du voyage, tirèrent au sort les bijoux dont ces boutiques étaient garnies.

Aujourd'hui, nos Loteries de France ont communément pour objet de parvenir à faire des fonds destinés à quelques œuvres pieuses ou à quelque besoin de l'État.

II. On ne peut établir ni publier aucune Loterie, que ce ne soit en vertu d'une permission du roi. Il y a à ce sujet divers arrêts de règlement.

[Le parlement de Flandre en a rendu un le 16 février 1743, qui, en exécution des placards des anciens souverains des Pays-Bas, des 26 août 1563 et 9 février 1566, « fait très expresses inhibitions et défenses à toutes personnes, de faire ou souffrir être fait chez elles aucunes Loteries de telle espèce, et pour tel objet que ce puisse être, sans

Source : BIU Cujas

avoir, au préalable, obtenu la permission par lettres patentes dûment vérifiées et enregistrées en la cour, à peine de confiscation des sommes et effets dont les Loteries seront composées, et de 3oo florins d'amende. Fait pareillement très expresses inhibitions et défenses à toutes personnes, de distribuer ou autrement répandre dans le public aucuns billets de Loteries étrangères et autres, que celles établies avec permission dans le royaume, à peine de confiscation des sommes ou effets dont elles seront trouvées garnies appartenans auxdites Loteries, de 1000 florins d'amende, et autres punitions plus grièves, s'il y échet ».

En 1768, une dame Voche, de Cernay en Alsace, voulant se défaire d'une maison très vaste qu'elle possédait au même lieu, et craignant de n'en pouvoir trouver un juste prix, parcequ'elle ne convenait qu'à des personnes fort riches, conçut le dessein d'en faire une Loterie; et elle présenta requête au bailli de Cernay pour y être autorisée. Ce juge ayant ordonné qu'elle se pourvoirait là et ainsi qu'il appartiendrait, elle s'adressa au conseil souverain d'Alsace; mais elle n'y fut pas mieux accueillie : — Par arrêt du 17 mai 1768, cette cour ordonna qu'il serait mis néant sur sa requête, par la raison, dit M. le premier président de Boug, qu'elle n'avait point obtenu la permission du roi. (*Recueil des ordonnances d'Alsace*, tome 2, page 806.)

Un autre arrêt du même tribunal, du 25 septembre 1772, « fait défenses à toutes personnes du ressort de trafiquer, distribuer, répandre ni débiter aucuns billets de Loteries établies en pays étrangers, à peine de 1000 écus d'amende, même d'emprisonnement de leurs personnes ».]

Le dernier règlement, sur cette matière, est émané du conseil d'état le 20 septembre 1776; il porte en termes exprès « qu'il ne pourra être publié et affiché aucunes Loteries dans le royaume, de quelque nature qu'elles soient, ni distribué aucuns billets, sans que lesdites Loteries soient autorisées par sa majesté; fait défenses à tous négocians, marchands, banquiers, et à toutes personnes de quelque qualité et condition qu'elles soient, de se charger de la distribution d'aucun billet de Loteries étrangères, ou autres qui n'auraient pas été autorisées par sa majesté, à peine de restitution des sommes reçues pour les billets distribués, de 3000 liv. d'amende, et de plus grande peine, si le cas y échéait ».

[Quelque temps après la publication de cet arrêt, un notaire de la Rochelle, voulant se défaire d'une pièce d'indienne, en fit une Loterie de soixante-quinze billets, à 20 sous chacun. Le lot échut à un jeune écolier, qui confia son billet à une femme : celle-ci alla réclamer le lot, qui lui fut délivré. L'écolier demanda le lot à la femme qui l'avait reçu, elle refusa de le rendre : alors le père de l'écolier fit assigner cette femme en restitution de la pièce d'indienne. — Par une première sentence, rendue sur les conclusions du ministère public, il fut ordonné que le notaire qui avait fait la Loterie, serait mis en cause; et par une seconde, sur délibéré, la confiscation de la pièce d'indienne fut prononcée au profit de l'hôpital, les défenses de faire des Loteries, conformément aux ordonnances et arrêts de règlemens, furent renouvelées; et le notaire fut condamné à 3 livres d'amende et à tous les dépens. — Sur l'appel du père de l'écolier, la sentence fut confirmée, et l'exécution des règlemens concernant les Loteries, ordonnée. — L'arrêt, qui est du 10 février 1781, a été rendu au parlement de Paris sur les conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury.] — [[*V.* ci-après, n. 8.]]

III. Par arrêt rendu au conseil d'état le 30 juin 1776, le roi a supprimé les Loteries de l'école royale militaire, de l'hôtel de ville de Paris, de la générale d'association, et des communautés religieuses : il a en même temps été créé une nouvelle Loterie, sous le nom de *Loterie royale de France*, à la régie de laquelle ont été unies la Loterie des enfans trouvés et celle de piété, que l'arrêt cité a conservées.

Le roi ayant jugé nécessaire, pour la sûreté du public et celle de l'administration, d'établir une police et une discipline exactes parmi les colporteurs des Loteries en province, et de faire connaître les obligations dont ces colporteurs sont tenus envers le public et l'administration de la Loterie royale de France, sa majesté a rendu en son conseil le 21 décembre 1776, un arrêt qui contient les dispositions suivantes :

« *Art.* 1. Aucun particulier ne pourra à l'avenir vendre, distribuer, crier et colporter des billets et listes de la Loterie royale de France, ainsi que des Loteries de piété et des enfans trouvés y réunies, s'il n'est avoué de l'administration de ladite Loterie, et par elle pourvu d'une commission et d'une plaque ou écusson de cuivre, portant d'un côté les armes du roi, et de l'autre ces mots, *Loterie royale de France*, et le numéro du bureau auquel le colporteur sera attaché.

» 2. Nul ne pourra obtenir lesdites commissions, s'il ne justifie à l'administration d'un extrait de baptême en bonne forme, qu'il est né sujet de sa majesté, ayant l'âge au moins de trente ans, qu'il sait lire et écrire, et s'il ne rapporte un certificat de ses bonnes vie et mœurs, signé du curé de sa paroisse et trois personnes notables du lieu qu'il habite, ensemble du consentement du receveur desdites Loteries, de lui confier des billets pour être vendus et colportés dans la ville où le bureau de la Loterie royale est établi; desquels billets ledit receveur demeurera responsable, devant être signés de lui et délivrés uniquement par lui audit colporteur.

» 3. Celui qui sera pourvu de commission et de plaque, ne colportera des billets et listes de Loteries que pour celui desdits receveurs qui sera autorisé par l'administration à l'employer, lequel receveur en fera la présentation et déclaration au bureau général de l'administration; et dans le cas de changement, soit du receveur, soit du colpor-

Source : BIU Cujas

teur, ils seront tenus l'un et l'autre d'en faire la déclaration au susdit bureau.

» 4. Seront tenus lesdits colporteurs de porter leur plaque ou écusson attachée en évidence au-devant de leur vêtement, et de porter leur commission sur eux, à peine de 100 liv. d'amende; ils ne pourront, sous quelque prétexte que ce puisse être, prêter à qui que ce soit leurs commission ou plaque, à peine de 300 liv. d'amende et de prison, tant contre celui qui aurait fait le prêt, que contre celui qui l'aurait accepté : pourront même les porteurs de commissions et plaques être arrêtés sur-le-champ.

» 5. Lesdits colporteurs pourront vendre et distribuer lesdits billets et listes des Loteries, par les rues, places et marchés seulement, et non dans leurs maisons, depuis sept heures du matin jusqu'à six heures du soir, à compter du 15 octobre jusqu'au 15 mars; et depuis six heures du matin jusqu'à huit heures du soir, à compter du 16 mars jusqu'au 14 octobre. Leur défend sa majesté d'en colporter hors lesdites heures, et de vendre des reconnaissances desdites Loteries, ou autres imprimés quelconques, à peine de 100 liv. d'amende, et de prison, en cas de récidive.

» 6. Aucun des receveurs desdites Loteries ne pourra employer un plus grand nombre de colporteurs que celui qui sera fixé par l'administration.

» 7. Aucuns colporteurs ne pourront vendre et distribuer des billets et listes des Loteries dans les villes autres que celle où réside le receveur au bureau duquel ils sont attachés par leurs commissions et le numéro de leurs plaques; et ce à peine de 300 liv. d'amende et d'interdiction entière de leurs fonctions : permettons aux receveurs desdites villes de faire dresser, en leur présence, par un huissier sur ce requis, procès-verbal au nom et à la requête d'Antoine Blanquet, contre les colporteurs d'une autre ville que celle qu'ils habitent, lorsqu'ils contreviendront au présent arrêt et règlement.

» 8. En cas de maladie, absence ou autre cause d'interruption de service d'un colporteur, il pourra être suppléé par un colporteur dit *surnuméraire*, ayant les qualités requises par l'art. 2 du présent arrêt, lequel colporteur surnuméraire aura le consentement du receveur et l'autorisation de l'administration : auquel cas et pendant l'intervalle du temps où le colporteur ordinaire sera privé de son service, le colporteur surnuméraire sera pourvu de sa plaque et de sa commission, sur laquelle le receveur certifiera préalablement la permission qu'il a reçue de l'administration qui l'autorise, pendant ledit temps, à colporter et vendre des billets.

» 9. Ceux des colporteurs qui, par leur âge, infirmité, retraite volontaire ou destitution de la part de l'administration, cesseront leurs fonctions, et les héritiers ou représentans des colporteurs qui décèderont, seront tenus, dans la huitaine, de remettre aux receveurs, pour être renvoyées au bureau de l'administration, les plaques et commissions qui leur avaient été délivrées, à peine de 100 livres d'amende.

» 10. Les sieurs intendans et commissaires départis dans les provinces et généralités du royaume, et le sieur lieutenant de police pour la ville et les faubourgs de Paris, connaîtront de toutes les contestations relatives aux colportages et distributions de billets de la Loterie royale de France et autres y réunies, ainsi que des contraventions au présent arrêt et règlement, ... sauf l'appel au conseil. . . . . ».

IV. Les porteurs de billets gagnans doivent jouir, à dater de l'époque du tirage de chaque Loterie, d'un terme de six mois pour recevoir le paiement des lots qui leur sont échus : après ce délai, ces billets sont nuls. Cela est ainsi réglé par l'art. 4 du plan de la Loterie approuvé par le roi et annexé à la minute de l'arrêt du 30 juin 1776.

[V. Dans les Loteries, comme dans presque toutes les opérations de la vie sociale, il peut, malgré toutes les précautions possibles, se commettre des fraudes. Un particulier peut, si l'on n'y prend garde, faire après le tirage et par conséquent à coup sûr, le choix des billets sur lesquels il entend jouer. Si sa ruse est découverte et constatée, point de doute que ses billets ne soient sans effet. Mais si l'on n'en a point de preuve, et qu'on soit réduit à la soupçonner, comment prononcera la justice ?

J'ai vu juger cette question au parlement de Paris en 1778. Voici les faits qui y avaient donné lieu.]

La dame Leclerc, buraliste de la Loterie de l'hôtel de ville de Paris, à Nancy, retint pour son compte, le 23 février 1774, cinq billets de suite pour le tirage du 25 du même mois, sous les numéros 65, 66, 67, 68, 69; elle se chargea de ces billets, et en accusa la recette dans le compte qu'elle envoya par la poste avec les billets non vendus; le paquet fut adressé au prévôt des marchands, le 25 février, jour même du tirage, et n'arriva à Paris que le 3 mars. — Le 5 mars, la dame Leclerc reçut la liste imprimée du tirage des lots; elle y vit que le troisième des billets qu'elle avait gardé pour son compte, portait un lot de 20000 liv.; elle voulut d'abord en faire un mystère à son mari, et demander le paiement de cette somme sous un nom emprunté, de sorte que le correspondant d'un banquier de Nancy à Paris, se présenta pour recevoir le lot dont il s'agit, de la part d'un particulier de Lorraine. — Le bureau de la ville instruit que la dame Leclerc sa buraliste, était la véritable propriétaire du billet, refusa de le payer, sous le prétexte que la lettre de renvoi des billets non vendus et du compte, n'étant arrivée à Paris que le 3 mars, le paquet n'était censé parti que le premier de ce mois; qu'ainsi, il était possible que la dame Leclerc n'eût fait choix des billets qu'elle avait gardés, que dans l'après midi du 28,

Source : BIU Cujas

et à coup sûr, après avoir été instruite des numéros gagnans, par une lettre partie de Paris le 26 à midi, et arrivée à Nancy le 28 à pareille heure. — Sur le refus du caissier de la Loterie de payer le lot à la dame Leclerc, celle-ci a fait assigner le bureau de la ville, le 14 février 1774, pour obtenir son paiement; l'affaire a été évoquée au parlement.

[La cause portée à l'audience de la grand'chambre, la dame Leclerc faisait, sur les moyens que lui opposait le bureau de la ville, deux observations qu'elle appelait décisives.

« 1°, Disait-elle, le bureau de la ville ne conteste pas aux receveurs de la Loterie la faculté de garder des billets à leur profit et à leurs risques.

» 2° Le bureau n'oppose ici qu'une présomption, un soupçon, et même une simple possibilité. Or, d'une part, la fraude n'est pas vraisemblable; car la dame Leclerc n'aurait renvoyé aucun billet, il ne lui en aurait coûté que 126 livres de plus, et elle aurait prévenu toute difficulté; d'autre part, à la réquisition du bureau lui-même, qui l'a fait interroger sur faits et articles, elle a déclaré, sous la religion du serment, qu'elle n'avait en effet aucun reproche à se faire.—Il est possible, dit-on, qu'elle soit coupable et que sa déclaration soit fausse! Mais il est possible aussi que sa conduite soit pure et sa déclaration sincère. Des conjectures, bien ou mal fondées, n'ont jamais suffi pour autoriser le refus de payer un effet qui, par sa nature, est, sans examen, payable au porteur, un effet dont on est de droit censé propriétaire, par cela seul qu'on le possède. — Mais, dit-on, la dame Leclerc était mandataire de la ville; comme telle, elle avait des facilités particulières pour abuser des billets qu'on lui confiait à débiter. Autorisée à rendre à la ville les billets non vendus, elle pouvait attendre l'évènement du tirage, pour ne rendre que ceux qui perdaient. Les lois punissent le mandataire et le commis, de la moindre faute, de la faute la plus légère. — Les lois ne punissent pas le commis suspect, mais le commis coupable et convaincu. Si la dame Leclerc a joué à coup sûr, c'est un délit, sans doute, et un délit punissable. Mais ce délit sera-t-il cru sans preuve? *La fraude ne se presume jamais.* — Nous ne connaissons que trois sortes de preuves : la *preuve littérale*, la *preuve testimoniale*, et la *présomption légale.* — Quand une loi décide expressément que, de tel fait on doit tirer telle conséquence, cette conséquence dérive, de droit, du fait établi; et voilà ce qu'on appelle la présomption légale. Par exemple, s'il existait une loi expresse qui statuât que le receveur de la Loterie, qui renvoie trop tard ses billets restans, sera présumé avoir retenu en fraude les billets gagnans qu'il peut avoir entre ses mains; alors, sans doute, il suffirait de prouver que le renvoi des billets restans a été fait trop tard, pour en conclure, de droit, la fraude, et pour en faire résulter, de droit, la peine. Mais il n'y a ici rien de pareil. Il existe bien un règlement; il est consigné, pour les buralistes de Paris, dans un avis imprimé à la suite des listes; et, pour la dame Leclerc, dans une lettre du sieur de Saint-Seine, du 2 juin 1773; mais cette loi a seulement établi que, quand le buraliste de Paris ne remettrait pas à la caisse ses billets invendus le 25 avant midi, et que quand la dame Leclerc ne les renverrait pas, au plus tard, le 26, ces billets *resteraient à leur compte*, c'est-à-dire, à leur charge pour le prix, mais à leur profit pour le produit. — Si le retard du renvoi des billets restans n'emporte point la présomption légale de fraude, le commettant n'a donc plus que la ressource de la prouver par les moyens ordinaires, par la preuve littérale ou testimoniale. Le bureau de la ville n'en rapporte aucune de ce genre contre la dame Leclerc. — *La fraude était possible et sa conduite équivoque la rend suspecte!* Voilà le résultat de toutes les combinaisons, de tous les indices et de tous les raisonnemens que l'on a rassemblés. — Est-il vrai d'abord que la fraude soit possible? — Deux faits sont certains : le premier, que le tirage s'est fait le 25 février; le second, que le paquet de renvoi de la dame Leclerc était daté du même jour. Or, si le paquet n'a pas été antidaté, il est évident que, quand il fut fait et mis à la poste à Nancy, à quatre-vingt lieues de Paris, la dame Leclerc ne pouvait avoir connaissance de l'évènement du tirage. — Mais *le paquet a été antidaté!* qui le prouve? Sera-ce le moment de son arrivée à Paris? Mais, d'abord, quelle certitude a-t-on sur ce moment? En justice, on n'en croira pas le certificat que le bureau de la ville s'est fait donner, le 3 mars, par un administrateur des postes, que le paquet n'est arrivé que le matin de ce jour. — D'ailleurs, peut-on, de ce que le paquet du 25 février ne serait arrivé à Paris que le 3 mars, conclure d'une manière certaine, qu'il n'avait pas été mis à la poste, à Nancy, le jour même de sa date? Les lettres sont si souvent retardées par la négligence ou l'oubli des commis, que le retard de ce paquet peut avoir les mêmes causes; et, dans le doute, pourquoi croire préférablement à l'antidate, c'est-à-dire, à la fraude que la loi ne présume jamais, et que le magistrat ne doit jamais présumer? — Mais on rapporte *une lettre du directeur de la poste* à Nancy, du 7 mars, par laquelle il marque au sieur de Saint-Seine qu'il peut regarder comme *certain, absolument certain, que le paquet n'a été mis à la poste que dans la journée du dimanche 27 ou du lundi 28.* Mais le même directeur déclare plus haut, dans la même lettre, que, *comme on ne reçoit dans son bureau aucunes lettres ni paquets à la main, ses commis ne peuvent se rappeler le jour que le paquet de la dame Leclerc a été mis à la poste.* Il n'a donc fait qu'ériger en certitude une conjecture sans preuve. — Quand le paquet serait antidaté, qu'en résulterait-il encore? La dame Leclerc a-t-elle reçu des lettres de Paris dans l'intervalle du 25 février au premier mars? il n'y en a point de preuve, et elle le dénie formellement. Quand il lui en serait venu, quand elles auraient

Source : BIU Cujas

contenu des nouvelles du tirage, pouvait-elle les renvoyer et les lire avant de faire son paquet, qu'on avoue parti, au moins le 1er mars de grand matin? C'est une chose qui paraît impossible. — En effet, le courier premier partant de Paris pour Nancy, après le tirage, n'est parti que le samedi 26 février, à deux ou trois heures. En hiver, et par le temps qu'il faisait, il n'a pu arriver, suivant son usage, à Nancy, que le lundi 28 au soir. Les lettres par conséquent, n'ont pu être distribuées et lues que le lendemain mardi, 1er mars, dans la matinée au plutôt, c'est-à-dire, après le départ du courrier de ce jour, qui emportait le paquet de la dame Leclerc.

» Ces combinaisons frappantes démontrent que la fraude imputée à la dame Leclerc était impossible. Quand elle aurait été possible, comme il n'en résulterait pas nécessairement qu'elle a été commise, on ne pourrait encore la supposer et la punir sans preuves. — On prétend trouver ces preuves, 1° *dans le soin qu'elle a pris d'abord de cacher le gain qu'elle avait fait.* C'est dans cette vue, dit-on, qu'elle engagea successivement deux particuliers à réclamer le lot en leur nom, qu'elle engagea l'un d'eux à donner même un certificat de sa propriété; c'est dans cette vue qu'elle-même écrivit au sieur Saint-Seine, que ce particulier était propriétaire, et le querellait du retard qu'il éprouvait dans le paiement; c'est dans cette vue qu'elle cachait au public même que le lot fût échu à son bureau. — D'abord, il n'est pas vrai qu'elle ait fait un mystère au public du gain de son bureau; elle en rapporte la preuve imprimée; c'est l'annonce du lot dans les petites affiches de la province. Quant au secret qu'elle a cru devoir garder sur la personne à laquelle appartenait le billet gagnant, il ne prouve absolument rien. La plupart de ceux qui gagnent à la Loterie, se conduisent de même, par cent raisons différentes qui n'ont rien de commun avec la fraude. Elle n'a point caché le motif qui l'attachait particulièrement au secret; savoir, le désir qu'elle avait d'employer en bonnes œuvres 5000 liv. qu'elle avait cru pouvoir légitimement distraire du lot, au moyen de ce que le gain lui était personnel, et qu'elle avait cru devoir accuser de moins à son mari, pour éviter toute contestation avec lui. Ce motif est naturel et possible: pourquoi donc balancerait-on entre la déclaration que la dame Leclerc en fait et les soupçons qu'on y oppose? — On prétend, en second lieu, que la dame Leclerc, pour déterminer la personne qu'elle avait engagée à soutenir son certificat, à l'affirmer s'il était besoin, et à assigner la ville en son nom, *lui a offert de partager le lot ensemble.* — Ce fait est grave, sans doute; mais le bureau n'en donne d'autres preuves que deux lettres, dont il n'a produit que des copies informes et anonymes. — Quand les originaux des lettres seraient conformes aux copies produites, elles ne pourraient être que des certificats mendiés. Et enfin, que disent ces lettres? Leur auteur, quel qu'il soit, n'atteste pas que le tiers lui ait avoué, à lui-même, la proposition prétendue de partage; il dit seulement que ce tiers l'a avoué à une autre personne. Mais des ouï-dire, fussent-ils rapportés dans deux dépositions juridiques, n'ont jamais formé une preuve: à plus forte raison n'en forment-ils aucune, déposés dans la missive d'un seul homme. — Enfin, on opposait à la dame Leclerc *l'opinion de son mari*, qui, dit-on, doutait de sa bonne foi, et ne voulait point que cette affaire fît éclat. Le contraire est démontré par l'assignation donnée au bureau de la ville à la requête des sieur et dame Leclerc conjointement.-- S'il n'y a contre la dame Leclerc, ni présomption légale, ni preuve, ni même aucun soupçon sérieux, quel motif pourrait empêcher le paiement du lot qu'elle a gagné, sur-tout quand elle a affirmé en justice, quand elle offre d'affirmer encore, aux pieds de la cour, *qu'elle a fait, dès le 23 février, le choix des billets qu'elle a gardés, et notamment de celui auquel est échu le lot de 20000 liv.; qu'elle a fait, daté et envoyé à la boîte son paquet de renvoi du surplus, le 25, jour du tirage; qu'elle n'a reçu aucune lettre le 28, de Paris, ni d'ailleurs; qu'elle n'a eu de nouvelles du tirage que par la liste imprimée, qu'elle a reçue du sieur de Saint-Seine le 5 mars; en un mot, qu'elle n'a commis aucune fraude, et qu'elle a bien et légitimement gagné le lot qu'elle réclame?* — Plusieurs circonstances remarquables donnent à cette déclaration positive le plus grand poids. — 1° Si la dame Leclerc eût été de mauvaise foi, elle n'aurait renvoyé aucun billet; elle aurait, sans hésiter, sacrifié une modique somme de 126 liv. que valait ce qu'elle a renvoyé, pour se mettre à l'abri des recherches, et s'assurer la possession d'une somme de 20000 livres. — 2° Le bureau de la ville n'a pas été conséquent dans sa conduite. Il prétend que le paquet de renvoi a été fait et mis à la poste trop tard; et cependant il a reçu les billets renvoyés, sans en réclamer la valeur, suivant la loi qu'il en avait faite pour ce cas. — 3° Pendant qu'il refusait d'acquitter le lot de 20000 liv., il en payait un de 200 liv., échu, en partie, dans le même bureau, réclamé par la même personne. — 4° Le bureau a lui-même reconnu qu'il n'avait pour ou contre sa prétention, que la déclaration de la dame Leclerc à invoquer ou à craindre, puisqu'il l'a fait interroger sur faits et articles. — 5° Il est d'autant plus indispensable de s'en rapporter à cette déclaration, que, par la manière dont le bureau de la ville contractait avec ses receveurs de province, ils s'abandonnait entièrement à leur bonne foi. D'une part, il n'avait astreint aucun d'eux à charger la feuille de la poste de son paquet de renvoi, pour en constater la date; d'autre part, il ne punissait le retard, *quel qu'il fût*, dans le renvoi, qu'en laissant à leur charge les billets renvoyés. Ayant suivi, sur ce point, la foi de ses receveurs, il est inévitable qu'il l'a suivie jusqu'au bout. — Qu'on fasse, pour l'avenir, dans chaque administration relative aux Loteries qui existent, tels règlemens qu'on jugera convenables

Source : BIU Cujas

pour prévenir la fraude qu'on croit possible dans les circonstances où la dame Leclerc s'est trouvée, mais qui n'a point été commise, qui n'est pas prouvée, à la bonne heure; mais on ne peut légitimement et honnêtement, ni faire un règlement exprès pour la cause actuelle, ni solliciter, dans cette cause, la vigilance du ministère public, de poursuivre d'office un délit privé de commis à commettant ».]

M. l'avocat général d'Aguesseau, qui a porté la parole dans cette cause, a observé qu'il ne s'agissait de rien moins, si l'on refusait le paiement du lot, que de faire le procès à la dame Leclerc, et de la punir d'un délit grave; qu'on ne pouvait se déterminer à un parti aussi rigoureux, qu'autant qu'il y aurait contre elle des preuves claires de la fraude qu'on lui imputait; que d'après le principe généralement reçu que la fraude ne se présume pas, la réunion de toutes les circonstances que le bureau de la ville invoquait contre la dame Leclerc, ne présentait tout au plus que la possibilité de la fraude, sans la démontrer d'une manière palpable; possibilité qui pouvait être démentie par d'autres probabilités; qu'une circonstance bien favorable à la bonne foi de la dame Leclerc, était, que si elle eût pu savoir, pour faire son choix, la nouvelle du gain du lot, alors elle n'aurait choisi que le seul billet gagnant, ou, pour mieux cacher son jeu, elle aurait, outre les quatre mauvais billets qu'elle avait gardés, retenu encore les cinq autres qu'elle a renvoyés comme non vendus; que cette politique qui ne lui aurait couté que 126 livres de plus, lui assurait, sans aucune difficulté, une somme de 20000 livres; mais le renvoi des cinq billets, et la garde de quatre mauvais billets mettent dans tout son jour la bonne foi de la dame Leclerc.

L'arrêt cité, adoptant les conclusions de M. l'avocat général, donne main-levée à la dame Leclerc des oppositions formées à la requête du bureau de la ville, au paiement du lot de 20000 livres échu au billet numéroté 5267; a condamné la ville au paiement de cette somme et aux intérêts du jour de la demande, en affirmant par la dame Leclerc n'avoir aucune connaissance du lot échu, avant d'avoir choisi, pour son compte, les billets qu'elle avait retenus, et avant d'avoir fait le renvoi des billets non vendus; et condamne la ville aux dépens.

VI. Par un arrêt rendu au conseil d'état du roi, le 12 mars 1783, il a été ordonné que les gages, appointemens, gratifications et remises de toute nature des directeurs, receveurs et autres employés de la Loterie royale de France ne pourraient être saisis par leurs créanciers.

VII. Des promesses souscrites au profit d'un receveur de la Loterie royale de France, pour raison des mises faites dans son bureau, sont-elle valables? Cette question a été agitée au parlement de Dauphiné dans l'espèce suivante.

Bayoud fils, fit le 26 avril 1780, une mise de 2304 livres au bureau du sieur Santerre, pour le premier tirage de mai, sur huit numéros, par extraits déterminés, sur quatre sorties: le sieur Santerre lui fit crédit: le 4 mai, il fit faire à son profit par Bayoud, une promesse de semblable somme, valeur reçue comptant, payable dans le courant du mois. — Le premier tirage ne produisit rien à Bayoud. — Le 14 mai, nouvelle mise de sa part, de 5184 liv. pour le second tirage, toujours par extraits déterminés: le sieur Santerre fit encore crédit à Bayoud; et le 20 du même mois, il lui fit souscrire une seconde promesse du montant de sa mise de 5184 liv. payable en juin suivant.— Le second tirage ne fut pas plus favorable à Bayoud fils que le premier. — Le 12 aout suivant, le sieur Santerre obtint sentence par défaut, du juge de Grenoble, portant condamnation de paiement des deux promesses; et en vertu de ce jugement, il fit procéder à des exécutions sur les meubles et effets de Bayoud fils qui était absent. Pour arrêter ces exécutions, Bayoud père demanda du temps, et se rendit caution du montant des deux promesses. Au retour de Bayoud fils, il prit des lettres de rescision contre ses promesses, et interjeta appel de la sentence du juge de Grenoble. C'est en cet état que la contestation a été portée au parlement.

Bayoud fils a soutenu que ses deux promesses étaient nulles, comme étant l'effet de la surprise et de la séduction; qu'il avait d'abord consommé dans le bureau du sieur Santerre tout l'argent comptant qu'il avait; que, dégoûté de ce jeu infructueux, il s'était retiré; mais que le sieur Santerre l'était venu chercher dans sa boutique, et l'avait excité, par ses sollicitations et sous l'appât du crédit, à faire les deux mises dont il s'agit, lesquelles compromettaient toute sa fortune. Il a invoqué les ordonnances qui réprouvent tout engagement pour fait de jeu, notamment celle de 1629; et dans l'espèce, on ne pouvait pas révoquer en doute que les promesses n'eussent pour cause le jeu de la Loterie, car le sieur Santerre en était formellement convenu au procès. Bayoud fils a invoqué les règlemens faits pour la Loterie, et suivant ces règlemens, le receveur est obligé d'enregistrer fidèlement, non seulement les numéros chosis par l'actionnaire, mais le nombre des reconnaissances qu'il fournit: et chaque reconnaissance porte que, « dans le cas de quelque différence entre lesdites reconnaissances et les registres du receveur, les actionnaires ne pourront prétendre autre chose que la restitution de leur mise ». La reconnaissance délivrée à Bayoud, relative à la seconde mise de 5184 livres, portait le numéro d'enregistrement 2151; et il résultait du registre qu'il n'avait été fait que 2149 enregistremens pendant ce tirage; d'où Bayoud fils concluait que, si les numéros qu'il avait choisis, fussent sortis de la roue de fortune, il n'aurait pas gagné, ou que du moins on aurait pu lui en contester le paiement. Il ob-

Source : BIU Cujas

jectait encore au sieur Santerre qu'il avait contrevenu aux instructions particulières de la Loterie, sur les obligations des receveurs, qui disent, art. 25 : « ne pourront les receveurs prendre en paiement des mises qui seront faites en leurs bureaux, aucunes lettres de change, billets, ou autres effets quelconques » : contravention qui entraînait les plus grands dangers, par l'intérêt qu'avaient les receveurs à la pratiquer, attendu le bénéfice de quatre pour cent qui leur était assuré sur chaque mise. Enfin, il se retranchait sur le sénatus-consulte *Macédonien*, introduit précisément pour prévenir la ruine des fils de famille, même majeurs, et qui interdit toute action contre eux, pour cause de prêt ; il ajoutait que, quoique marié et séparé de son père, il n'en était pas moins sous sa puissance, parceque, dans le Dauphiné, on ne reconnaissait point l'émancipation tacite.

Le sieur Santerre répondait que, bien loin d'avoir séduit Bayoud fils, c'était celui-ci qui l'avait trompé, en venant faire enregistrer les numéros qu'il avait choisis, et en lui promettant de lui apporter chaque mise avant la clôture et l'envoi du registre, ce qu'il n'avait pas exécuté ; de manière que lui Santerre avait été obligé de prendre ses promesses pour comptant ; que les ordonnances sur le fait des jeux ne concernaient que les jeux de hasard prohibés, et non pas un jeu tel que celui de la Loterie royale de France, autorisée par le gouvernement ; que la prétendue erreur dans le numéro d'enregistrement de la reconnaissance de 5184 livres, était indifférente, les règlemens de la Loterie bien entendus n'exigeant autre chose que la conformité sur le registre des numéros choisis pour le tirage ; que la disposition de l'art. 25 des instructions particulières des receveurs, n'avait trait qu'à leur comptabilité vis-à-vis leurs commettans ; que Bayoud fils ne pouvait exciper du sénatus-consulte *Macédonien*, ayant un commerce, étant marié, vivant séparé de son père, et sur-tout le père ayant cautionné les promesses, et lui Santerre en ayant fait les fonds aux administrateurs de la Loterie.

Bayoud père, de son côté, disait que, lorsqu'il avait cautionné les promesses, il en ignorait la cause ; qu'elles étaient déguisées ; que leur vraie cause n'avait été connue que par l'aveu qu'en avait fait le sieur Santerre, une année après le cautionnement ; que ce cautionnement lui avait été surpris et arraché pour éviter des exécutions violentes, en l'absence de son fils ; que par un tel acte ils n'avaient pu le priver des exceptions légitimes qui pouvaient lui appartenir ; qu'aujourd'hui il était avéré que les promesses n'avaient aucun rapport au petit commerce de son fils, mais au jeu de la Loterie ; qu'ainsi, les moyens proposés par son fils restaient dans toute leur force ; que l'obligation principale tombant, le cautionnement qui n'était qu'accessoire, devait avoir le même sort.

Sur ces moyens, il est intervenu arrêt, à l'audience de la chambre des enquêtes, le 15 mars 1782, par lequel, réformant la sentence du juge de Grenoble, et entérinant les lettres de rescision, la cour a déchargé Bayoud fils du paiement des promesses, et Bayoud père du cautionnement, et a condamné le sieur Santerre aux dépens envers toutes les parties. (M. Guyot.) *

[[VIII. La loi du 28 vendémiaire an 2, après avoir ordonné, art. 1, que « la Loterie de France continuerait d'être régie par trois administrateurs », ajoutait, art. 2 : « Les bureaux des Loteries étrangères, les bureaux clandestins sur la Loterie de France, les Loteries particulières, sous quelque dénomination qu'elles soient établies, sont supprimés ; et ceux qui contreviendront au présent décret, seront poursuivis devant les tribunaux de police municipale, condamnés à la restitution des sommes reçues pour les billets distribués, en 3,000 livres d'amende, et traités comme gens suspects.

Mais bientôt après, et dès le 25 brumaire suivant, il intervint une loi portant : — « *Art.* 1. Les Loteries, de quelque nature qu'elles soient, et sous quelque dénomination qu'elles existent, sont supprimées. — 2. Il ne pourra être fait d'autres tirages, à compter de ce jour, que ceux qui devaient avoir lieu à raison des mises autorisées pendant le cours du présent mois ».

§. II. *Rétablissement de la Loterie de France : Lois et règlemens qui la concernent.*

I. La loi du 9 vendémiaire an 6 contient sur les Loteries les dispositions suivantes :

« *Art.* 90. La ci-devant Loterie nationale de France est rétablie sur les bases et combinaisons qu'elle avait à l'époque de sa suppression. Le directoire est chargé d'en organiser provisoirement l'administration, sans retard, en faisant toutes les réductions d'agens qu'il sera possible.

» 91. Tout établissement de Loterie particulière ou étrangère est prohibée.

» 92. Les individus qui se permettront de recevoir pour les Loteries étrangères, seront condamnés, pour la première fois, en une amende de 3,000 francs ; et la seconde, outre l'amende, en six mois de détention.

» 93. Les receveurs de la Loterie nationale qui seront convaincus d'avoir reçu pour les Loteries étrangères, et d'avoir joué pour leur propre compte ou pour celui de particuliers, seront condamnés en l'amende de 6,000 francs, et destitués de leurs fonctions ».

II. De là l'arrêté du directoire exécutif, du 17 vendémiaire an 6, qui porte :

« *Art.* 1. La Loterie nationale de la république française sera confiée à la surveillance de trois administrateurs et d'un caissier.

» 2. La Loterie est, comme elle était à l'époque de sa suppression, composée de quatre-vingt-dix

Source : BIU Cujas

nombres ; et les cinq qui seront tirés de la roue de fortune, produisent, savoir: —Cinq lots d'extraits; — Dix lots d'ambes ; — Dix lots de ternes ; — Cinq lots de quaternes ; — Un lot de quine ; — Cinq lots d'extraits déterminés ; — Dix ambes déterminés.

» 3. Chacun des actionnaires sera libre de choisir tel numéro et telle quantité de numéros qu'il lui plaira pour former sa mise ; il aura également la liberté de prendre intérêt sur une ou plusieurs chances à la fois, et d'y placer, soit dans un seul et même billet, soit dans une plus grande quantité, telle somme qu'il lui plaira, pourvu qu'elle ne soit pas au-dessous d'un franc.

» 4. Les chances de la Loterie sont partagées en deux classes, savoir : Celle des chances simples, qui comprend l'extrait, l'ambe, le terne, le quaterne et le quine ; et celles des chances déterminées, qui renferme l'extrait et l'ambe déterminés. — Enfin toutes les chances et les combinaisons sont les mêmes qu'elles étaient lors de la suppression de cette Loterie.

» 5. L'extrait simple continuera d'être payé quinze fois la mise ; — L'ambe simple, deux cens soixante-dix fois ; — Le terne, cinq mille cinq cents fois ; —Le quaterne, soixante-quinze mille fois ; —Le quine, un million de fois ; — L'extrait déterminé, soixante-dix fois ; —L'ambe déterminé, cinq mille cent fois.

» 6. Il sera délivré à l'actionnaire, au moment de sa mise, une reconnaissance qui lui servira de billet définitif. Cette reconnaissance, signée du receveur, sera détachée, en présence de l'actionnaire, du registre à souche délivré par l'administration ; et sur la représentation de ce billet, les lots gagnans seront payés, soit chez le receveur où la mise aura été faite, soit à la caisse générale. — Les actionnaires auront le plus grand soin de s'assurer de l'exactitude de leur mise avec le registre ; et dans le cas de différence entre le registre et le billet, l'actionnaire ne pourra prétendre qu'au remboursement de sa mise, bien entendu toutefois que le billet n'aura été ni contrefait, ni falsifié, ou les numéros surchargés. — Ce remboursement aura lieu des deniers du receveur.

» 7. On suivra dans le tirage de la Loterie, la méthode qui s'est toujours observée et qui se suivait à l'époque de la suppression. — Le jour du tirage, on enfermera dans la roue de fortune quatre-vingt-dix étuis d'égale grandeur, forme et poids ; chacun de ces étuis contiendra un carré de vélin, sur lequel sera inscrit chaque numéro, depuis le numéro premier, jusques et compris le numéro quatre-vingt-dix. — Tous les numéros, avant d'être placés dans leurs étuis, seront exposés aux yeux de tous les assistans : Après cette formalité, on mêlera les quatre-vingt-dix étuis dans la roue de fortune, et on tirera cinq numéros seulement ; le tirage de ces cinq numéros déterminera le montant des lots de tous ceux qui auront pris intérêt à la Loterie.

» 8. Tous porteurs de billets gagnans seront tenus pour être payés, de les présenter dans les six mois du jour du tirage ; passé lequel délai, lesdits billets seront et demeureront nuls. —Tous billets présentés pour paiement des lots, devront être garnis de leur souche : cette formalité sera tellement de rigueur, que les actionnaires ne pourront prétendre au paiement du lot, si cette partie du billet avait été altérée ou détruite.

» 9. Le tirage sera fait publiquement le 16 et le premier de chaque mois, dans le lieu de la bourse, en présence et sous les ordres du ministre de la police et des administrateurs de la Loterie. — Il n'y sera procédé qu'après avoir mis sous le scellé tous les registres des receveurs, lesquels en seront retirés après le tirage fini.

» 10. Les administrateurs activeront par tous les moyens possibles, toutes les parties du service de la Loterie nationale ; ils veilleront, avec la plus grande attention, à ce que tous les employés, et particulièrement les receveurs, gèrent avec soin leurs bureaux ; ils rendront compte au ministre des finances, de toutes les opérations ; ils feront former tous les résultats en recettes et dépenses, et veilleront à ce que les comptables versent exactement les fonds qu'ils auront reçus.

» 11. Les inspecteurs seront tenus de faire leurs tournées chez les receveurs de l'arrondissement qui leur sera désigné, d'examiner, vérifier leur travail, arrêter leurs registres et constater la vérification de leur caisse. — Ils seront tenus de faire connaître les résultats de leurs tournées à l'administration générale établie à Paris. Ils pourront, dans le cas d'urgence, tel que divertissement de deniers, absence ou mort d'un comptable, faire continuer provisoirement la recette d'un tirage par telle personne qu'ils croiront convenable, à la charge par les inspecteurs d'en rendre compte sur-le-champ à l'administration. — Cette dernière faculté ne pourra avoir lieu pour les inspecteurs établis dans la commune de Paris.

» 12. Les receveurs qui seront établis en conformité de l'art. 1er, seront tenus de verser de suite dans la caisse générale une somme en espèces, par forme de cautionnement, pour sûreté de leur gestion. .....

» 16. Les receveurs ne pourront faire la recette que sur des registres à eux confiés par l'administration. — Tous receveurs qui se permettraient de faire la recette sur d'autres feuilles que celles désignées, ou de délivrer des reconnaissances autres que les billets à souche qui font partie intégrante du registre, seront condamnés à l'amende de 6,000 francs, conformément à l'art. 93, tit. 9, de la loi du 9 de ce mois, destitués sur-le-champ, et déclarés incapables de remplir aucun emploi à l'administration.

» 17. Tout receveur sera tenu, sous peine de destitution, d'avoir toujours affichés dans son bureau les lois et règlemens concernant la Loterie,

Source : BIU Cujas

de manière que chaque actionnaire puisse les consulter au besoin. — Les inspecteurs y veilleront avec la plus grande attention.....

» 19. Toutes les difficultés qui naîtront de la part du receveur ou de l'actionnaire par suite des enregistremens, lors de la recette ou du paiement des lots après le tirage, seront portées par-devant les administrateurs, qui en déféreront, s'il y a lieu, au ministre des finances ».

III. Les ventes par forme de Loterie, qui étaient, comme on l'a vu plus haut, §. 1, n. 2, prohibées sous l'ancien régime, l'ont été de nouveau, en ces termes, par la loi du 4 frimaire an 6 :

» *Art.* 1. Toutes agences établies pour vendre par forme de Loterie, soit avec mélange, ou sans mélange de lots, ou primes en argent, des effets mobiliers, ou immobiliers, de quelque nature qu'ils puissent être, sont dans le cas de la prohibition prononcée par l'art. 91 de la loi du 9 vendémiaire dernier.

» 2. Pourront néanmoins lesdites agences, dans le délai de deux mois, à compter de la publication de la présente loi, terminer les opérations par elles commencées antérieurement à ladite époque, sans qu'il leur soit permis d'en commencer de nouvelles, ni de donner aucune suite à celles commencées depuis la publication de ladite loi ». — *V.* le numéro suivant.

IV. Le 9 germinal an 6, « sur le message du directoire exécutif du 13 ventose, duquel il résulte qu'au mépris de l'art. 91 de la loi du 9 vendémiaire an 6, des particuliers ont établi clandestinement des Loteries avec tirage pour leur propre compte, et que d'autres offrent des chances au public sur les tirages de la loterie nationale ; — Considérant que ces sortes d'établissemens ne présentent aucune garantie aux citoyens ; qu'ils nuisent aux recettes de la Loterie nationale, et que leur existence est une contravention formelle aux dispositions de l'art. 91 de la loi du 9 vendémiaire ; — Considérant qu'il est de l'intérêt public que les auteurs de cette contravention ne demeurent pas impunis et que dès-lors il est instant de déterminer les peines qui devront leur être appliquées » ; le corps législatif a porté une loi ainsi conçue :

« *Art.* 1. Quiconque sera prévenu de recevoir des mises ou de distribuer des billets pour les Loteries étrangères ou particulières, ou de tenir la banque pour lesdites Loteries, de prêter ou louer un local pour le tirage de ces Loteries, sera traduit devant le juge de paix.

» 2. Le juge de paix interrogera le prévenu, entendra les témoins, se fera remettre toutes les pièces pouvant servir à conviction, se transportera même, s'il est nécessaire, dans les endroits qui lui seront indiqués, pour saisir les pièces à conviction et les deniers de la banque.

» 3. S'il est prouvé que le prévenu ait reçu ou tenu la banque pour lesdites Loteries, distribué des billets, prêté ou loué un local pour faire le tirage desdites Loteries, il sera mis en arrestation : le procès-verbal, ainsi que toutes les pièces à conviction, seront envoyés dans les vingt-quatre heures au greffe du jury d'accusation, pour y être jugé sommairement au tribunal de police correctionnelle de l'arrondissement dans lequel aura été commis le délit.

» 4. Quiconque sera convaincu d'avoir reçu ou tenu la banque pour les Loteries étrangères ou particulières, prêté ou loué un local pour le tirage desdites Loteries, sera condamné en un emprisonnement qui ne pourra excéder six mois, et en 6,000 francs d'amende pour la première fois ; et en cas de récidive (1), il sera condamné en deux années d'emprisonnement, et l'amende sera doublée ; le tout indépendamment de la saisie des billets, registres, et fonds qui se trouveront, soit chez le receveur, soit chez le banquier.

» 5. Les actionnaires de Loteries étrangères ou particulières, ne pourront demander la restitution de leurs mises sur les fonds saisis, à moins qu'ils n'aient dénoncé eux-mêmes le receveur ou le banquier ; auquel cas, leurs mises leur seront restituées, et ils pourront de plus avoir part à l'amende qui sera prononcée contre ceux qu'ils auraient dénoncés, ainsi qu'il sera dit ci-après.

» 6. Les receveurs de la Loterie nationale, qui seront prévenus d'avoir reçu pour les Loteries étrangères, d'avoir tenu la banque pour leur propre compte ou pour celui des particuliers, seront traduits devant le juge de paix ; l'instruction sera faite à leur égard de la même manière qu'il est prescrit art. 1, 2 et 3 ; et s'ils sont convaincus, ils seront condamnés à un emprisonnement d'une année et en 1,200 francs d'amende par le tribunal de police correctionnelle, et destitués par l'administration de la Loterie nationale.

» 7. Les amendes et saisies qui seront prononcées en exécution des art. 4, 5, 6 ci-dessus, seront appliquées au profit des hopitaux, sous la modification ci-après.

» 8. Les amendes et les deniers saisis seront perçus par le caissier de l'administration de la Loterie nationale, qui est autorisé à décerner toutes contraintes ; à l'effet de quoi, le greffier du tribunal de police correctionnelle sera tenu de lui faire passer extrait des jugemens dans les vingt-quatre heures du jour où ils auront été rendus.

» 9. Les administrateurs de la Loterie nationale sont autorisés à disposer jusqu'à concurrence du quart des amendes recouvrées et deniers saisis, pour être employés au profit, tant de ceux qui auront in-

---

(1) Pour qu'il y ait lieu en cette matière, à la peine de la récidive, il n'est pas nécessaire que le second délit ait été commis dans la même année que le premier. Cette peine doit être appliquée, à quelque époque que la première contravention ait été commise.

La cour de cassation l'a ainsi jugé le 24 octobre 1806, en confirmant, au rapport de M. Vergès, un arrêt qui avait condamné à cette peine le nommé Moutardon.

Source : BIU Cujas

diqué les contrevenans à la présente Loi, que de ceux qui auront coopéré à les découvrir, sur l'état de répartition arrêté par lesdits administrateurs.

» 10. Tout jugement qui sera rendu en exécution de la présente Loi, sera imprimé et affiché aux frais des auteurs des délits ».

V. Le 5 fructidor an 6, « le directoire exécutif, considérant que toutes les mesures de précaution et les moyens les plus efficaces de garantie doivent être mis en usage pour déjouer la malveillance et rendre nulles les attaques de la cupidité contre l'établissement de la Loterie nationale, — Arrête ce qui suit :

» *Art.* 5. Les receveurs de chaque arrondissement feront parvenir à la résidence de l'inspecteur, selon le mode et aux époques fixées par l'administration, toutes leurs feuilles à souche.

» 6. Ils se conformeront exactement, et sous peine de destitution, à tout ce qui leur sera prescrit par les administrateurs, pour les envois périodiques aux inspecteurs, et notamment pour la manière de porter et de clore les mises sur les registres.

» 7. Pour la vérification attentive des feuilles et leur expédition à Paris, les inspecteurs se conformeront exactement à l'instruction spéciale qui leur sera transmise par les administrateurs.

» 8. Interprétant l'art. 6 de l'arrêté du 17 vendémiaire, qui prescrit aux actionnaires de s'assurer de la conformité parfaite de leur billet avec la souche dont il doit être détaché en leur présence, les actionnaires, aussitôt après la délivrance du billet, auront soin de se faire inscrire sur la *matrice* des feuilles de copie. — Faute par eux de prendre cette précaution, et dans le cas où leur billet ne serait pas conforme tout à la fois à la souche et à la *copie-matrice*, ils ne pourront prétendre qu'au simple remboursement de la mise, qui sera fait des deniers du receveur.

» 9. Si l'actionnaire négligeait de faire inscrire lui-même son billet sur la copie-matrice, le receveur devra le faire d'après la souche restée entre ses mains. — Dans le cas où le receveur laisserait sur la copie-matrice une case en blanc, il sera tenu de payer, de ses deniers, le lot à l'actionnaire, d'après un certificat délivré par l'administration, de la conformité du billet gagnant avec la souche.

» 10. Les feuilles de copie-matrice seront marquées d'une estampille particulière. — Outre ces copies-matrices, les receveurs continueront d'en faire deux autres, l'une pour l'administration, l'autre pour le service de leurs bureaux.

» 11. A l'époque de la clôture de chaque quinzaine, le receveur, en présence du commissaire du directoire exécutif de la commune qu'il habite, devra faire un paquet séparé de toutes les feuilles de copie-matrice. Il en sera dressé procès-verbal quadruple, signé du commissaire, du receveur, et du préposé, soit de la poste, soit des diligences. — Trois de ces copies demeureront entre les mains des signataires respectifs ; la quatrième sera de suite adressée, par le commissaire du directoire, aux administrateurs de la Loterie. — Ce procès-verbal énoncera, en toutes lettres, la quantité des feuilles, le nombre d'enregistremens et le montant général des mises ; le tout, d'après la déclaration du receveur. — Mention détaillée en sera faite sur l'enveloppe du même paquet, et sera signée par les susdits, et le paquet scellé de leurs cachets, de manière qu'il ne puisse être ouvert sans qu'on s'en aperçoive.

» 12. Ce paquet sera renfermé dans celui des feuilles à touche, adressé à l'inspecteur d'arrondissement, au chef-lieu de sa résidence.

» 13. Dans ce chef-lieu sera établie une caisse à trois clefs, dont la première sera remise entre les mains du commissaire du directoire exécutif près l'administration supérieure ; la deuxième dans celles du commissaire du directoire exécutif près le tribunal civil ; la troisième dans celles de l'inspecteur de la Loterie.

» 14. La veille de chaque tirage, l'inspecteur assisté des deux commissaires ci-dessus désignés, fera, dans la caisse à trois clefs, le dépôt de tous les paquets de feuilles de copie-matrice de son arrondissement. — Après ce dépôt, qui sera constaté par procès-verbal, les scellés seront apposés sur la caisse.

» 15. Aucun dépôt, compulsoire ou déplacement de feuilles de copie-matrice, ne pourra se faire sans qu'il en soit dressé procès-verbal en *quadruple minute*, signé par les deux commissaires du directoire exécutif et par l'inspecteur. Trois de ces minutes resteront à chacun de ces signataires respectifs ; la quatrième sera, sur-le-champ, adressée par l'inspecteur aux administrateurs de la Loterie nationale.

» 16. En cas de doute sur la sincérité, soit d'une souche, soit d'un billet, les administrateurs de la Loterie nationale demanderont, par l'organe de l'inspecteur, le compulsoire de la feuille de copie-matrice ; et si ces trois pièces ne se trouvent point entièrement conformes entre elles, l'actionnaire ne pourra prétendre qu'au remboursement de la mise, qui lui sera fait par le receveur et de ses propres deniers, conformément à l'art. 8 ci-dessus ».

L'expérience ayant fait sentir le besoin de modifier en quelques points cet arrêté, le directoire exécutif en a pris un autre, le 7 ventose an 7, qui est ainsi conçu :

« *Art.* 1. Les dispositions de l'art. 11 de l'arrêté du 5 fructidor, ne s'appliquent qu'aux seuls receveurs des communes dans lesquelles ne réside aucun inspecteur de la Loterie nationale.

» 2. La partie de l'art. 11 précité, qui ordonne que dans le procès-verbal d'envoi des feuilles de *copie-matrice*, et sur l'enveloppe du paquet il sera fait mention *du montant général des mises*, est et demeure rapportée.

» 3. Dans les communes où des inspecteurs sont établis à résidence, il ne sera point fait de procès-

Source : BIU Cujas

verbal de clôture des feuilles à souche. Ce procès-verbal est remplacé par les doubles récépissés que les inspecteurs sont tenus de délivrer aux receveurs, au fur et à mesure de la remise par registres de dix feuilles.

» 4. Dans ces mêmes communes chefs-lieux, il ne sera point fait, pour chaque receveur, un procès-verbal quadruple de la confection du paquet des feuilles de copie-matrice de la quinzaine.

» 5. Aux jours et heures où, conformément à l'art. 14 de l'arrêté du 5 fructidor, le dépôt de toutes les feuilles de copie-matrice de l'arrondissement doit être fait dans la caisse à trois clefs, chacun des receveurs du chef-lieu est tenu de se transporter au local où la caisse à trois clefs est placée, et dans lequel se trouvent réunis deux commissaires du directoire exécutif et l'inspecteur de la Loterie nationale.

»6. Le receveur leur exhibera à découvert la totalité des feuilles de copie-matrice de la quinzaine, dont il sera de suite fait un paquet scellé de cinq cachets, en se conformant, à ce que prescrivent, à cet égard, l'art. 11 de l'arrêté du 5 fructidor et l'art. 11 ci-dessus.

» 7. En conformité de l'art. 4 ci-dessus, et pour suppléer aux procès-verbaux particuliers, il sera fait mention de la quantité de feuilles de copie-matrice remises par chaque receveur, dans le procès-verbal du dépôt général, que dressent en quadruple minute les commissaires du directoire exécutif et l'inspecteur de la Loterie nationale.

» 8. Toutes ces opérations ne doivent être faites que dans une pièce attenante à celle où se trouve placée la caisse à trois clefs; et le dépôt des feuilles de copie-matrice dans ladite caisse ne s'effectuera qu'après que tous les receveurs se seront retirés.

» 9. La caisse à trois clefs ne peut être placée que dans un établissement public, tel qu'archives d'administration ou greffe de tribunaux, selon les localités.

» 10. Dans les communes chefs-lieux d'arrondissement, où il n'existe ni administration centrale, ni tribunal civil, le commissaire du directoire exécutif près l'administration municipale et celui près le tribunal correctionnel, seront chacun dépositaires des clefs de la caisse.

» 11. Sont maintenues et confirmées toutes les dispositions de l'arrêté du 5 fructidor, auxquelles il n'est point dérogé par le présent.

» 12. Le ministre des finances adressera aux commissaires du directoire exécutif, tant auprès des administrations qu'auprès des tribunaux, une instruction spéciale pour l'exécution de ces deux arrêtés ».

VI. Un arrêté du gouvernement consulaire, du 4 vendémiaire an 9, a fait en cette matière une innovation importante. Voici ses termes :

« *Art.* 1. A compter du 1er brumaire prochain, il sera fait trois tirages par mois de la Loterie nationale. Ces trois tirages auront lieu le 5 de chaque décade.

» 2. Il sera établi, dans le plus court délai, des tirages particuliers dans les villes de Bordeaux, Bruxelles, Lyon et Strasbourg. Ils se feront dans la même forme, et avec les mêmes précautions que celles prescrites par l'arrêté du directoire exécutif du 17 vendémiaire an 6, et aux mêmes jours que ceux de Paris.

» 3. Les tirages dans chacune desdites villes, se feront publiquement dans le lieu qui sera désigné à cet effet par le préfet du département, en présence et sous les ordres duquel se feront lesdits tirages, et en présence aussi, savoir: pour Bordeaux et Lyon, du commissaire général de police; pour Bruxelles et Strasbourg, du maire du lieu, et en outre, pour chacune des quatre villes, du commissaire du gouvernement près le tribunal criminel. — Un inspecteur y remplacera les administrateurs de la Loterie. — Il n'y sera procédé qu'après avoir mis sous les scellés tous les registres des receveurs, lesquels ne seront retirés qu'après le tirage.

» 4. Le ministre des finances fixera les arrondissemens de chacune des villes de Paris, Bordeaux, Bruxelles, Lyon et Strasbourg, pour les tirages qui s'y feront.

» 5. Les receveurs des bureaux de Paris seront autorisés à recevoir des mises pour les tirages qui se feront à Bordeaux, Bruxelles, Lyon et Strasbourg. Les receveurs des bureaux dans ces quatre dernières villes, auront indépendamment des mises qui seront faites pour leurs tirages, la faculté d'en recevoir pour Paris seulement. — La même faculté pourra être accordée aux receveurs des autres villes de la république, lorsque le ministre des finances le jugera convenable ».

VII. Peut-on s'inscrire en faux contre des billets de Loterie ? *V. Inscription de faux*, §. 1, n. 11.]]

* LOUAGE. C'est une sorte de contrat dont on distingue deux espèces : l'une est le contrat de Louage des choses ; nous en avons traité à l'article *Bail* ; l'autre est le contrat de Louage d'ouvrage [[et d'industrie]], et c'est de celui-ci qu'il sera question dans cet article.

I. Le contrat de Louage d'ouvrage [[et d'industrie]] est une convention par laquelle l'un des contractans s'oblige de payer à l'autre une certaine somme pour un ouvrage que ce dernier s'oblige de faire.

Le contrat de Louage d'une chose diffère principalement du contrat de Louage d'ouvrage [[et d'industrie]], en ce que dans le premier, il s'agit de l'usage d'une chose accordée pour un certain prix au preneur ; et que dans le second, c'est un ouvrage à faire qui en est l'objet. Dans celui-là, c'est le preneur qui est tenu de payer le prix du Louage au bailleur : dans celui-ci au contraire, c'est le bailleur qui doit payer le prix du Louage.

[[II. « Il y a (porte l'art. 1779 du Code Napoléon), trois espèces principales de Louage d'ouvrage et d'industrie : 1° Le Louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ; 2° celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se char-

Source : BIU Cujas

gent du transport des personnes ou des marchandises ; 3° celui des entreprises d'ouvrages par suite de devis ou marchés ».

Le Louage des gens de travail fait la matière des articles *domestique*, *matelot* et *ouvriers*. Celui des voituriers par terre et par eau, sera traité au mot *Voiturier*. Il ne sera donc question ici que du Louage des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis et marchés.]]

III. Le Louage de cette dernière espèce est, comme les deux autres, un contrat synallagmatique, qui forme des obligations réciproques; il a d'ailleurs beaucoup d'analogie avec le contrat de vente. — Justinien, dans ses Institutes, dit qu'on doute si certains contrats sont contrats de vente ou contrats de Louage, et voici la règle que cet empereur donne pour les discerner. Quand c'est l'ouvrier qui a fourni la matière, c'est un contrat de vente ; si, au contraire, on a fourni à l'ouvrier la matière de l'ouvrage dont on l'a chargé, c'est un contrat de Louage. Si, par exemple, je fais marché avec un tailleur pour qu'il me fasse un habit et qu'il m'en fournisse l'étoffe, c'est un contrat de vente ; et si je lui fournis l'étoffe, c'est un contrat de Louage. — [[Code Napoléon, art. 1711.]]

Il faut remarquer que pour que le contrat soit contrat de Louage, il suffit qu'on fournisse à l'ouvrier la principale matière qu'il doit employer pour faire l'ouvrage : ainsi, lorsque je remets des diamans à un bijoutier pour m'en faire une bague, l'or ou l'argent qu'il fournit pour la monture de la bague, n'empêche pas que le contrat ne soit un contrat de Louage, parceque les diamans qui m'appartiennent, sont ce qu'il y a de principal dans la bague.

IV. La principale obligation qui dérive du contrat de Louage d'ouvrage, consiste à payer à l'ouvrier la somme convenue pour le prix de l'ouvrage.

L'ouvrier ne peut régulièrement demander cette somme, qu'après qu'il a fait l'ouvrage, et qu'il l'a fait recevoir ou qu'il a mis le bailleur en demeure de le recevoir. Cependant si les parties contractantes étaient convenues expressément ou tacitement que le prix serait délivré en tout ou en partie avant que l'ouvrage fût fait, il faudrait exécuter la convention.

Indépendamment du prix convenu, le bailleur doit aussi payer celui des augmentations qu'il a été nécessaire de faire, et qui n'ont pas été prévues lors du marché. Par exemple, si dans l'endroit où je me suis chargé de construire un mur pour vous, il s'est trouvé, au lieu d'un terrain solide sur lequel je comptais, des terres rapportées qui m'ont assujetti à une augmentation d'ouvrage, vous devez me payer le prix de cette augmentation.

Quand le bailleur soutient que les augmentations qui ont eu lieu, n'étaient pas nécessaires, ou que les parties ne sont pas d'accord sur le prix, le juge doit nommer des experts pour examiner si ces augmentations étaient nécessaires, et pour en déterminer le prix.

[[*V.* l'art. 1793 du Code Napoléon, rapporté aux mots *Marchés* (*Devis* et).]]

V. Une autre obligation du bailleur consiste en ce qu'il doit faire ce qui dépend de lui pour mettre le preneur en état d'exécuter l'ouvrage convenu. Ainsi, en conséquence du marché que vous avez fait avec un architecte pour vous construire une maison dans un certain endroit, vous devez lui fournir, et à ses ouvriers, un passage pour aller dans cet endroit, et pour y conduire les matériaux nécessaires à la construction dont il s'agit.

Vous êtes d'ailleurs tenu de faire conduire à temps, dans cet endroit, les matériaux que, par le marché, vous vous êtes obligé de fournir à vos frais.

Si vous négligez de satisfaire à cette obligation, le preneur peut vous faire condamner à ses dommages et intérêts, et même faire prononcer la résolution du marché, faute par vous de remplir votre engagement dans le délai que le juge aura fixé.

VI. Il arrive quelquefois que, dans un marché d'ouvrage à la journée, on stipule que le bailleur, après la perfection de l'ouvrage, donnera au preneur, outre le prix des journées, une certaine somme de gratification, *s'il est content de l'ouvrage*. Il faut prendre garde que ces termes, *si je suis content de l'ouvrage*, ne doivent pas être entendus en ce sens, que le bailleur puisse, selon sa volonté, être reçu à dire qu'*il est mécontent de l'ouvrage*, pour se dispenser de payer la gratification promise : il est évident qu'une telle interprétation rendrait la clause inutile ; c'est pourquoi le bailleur doit être tenu de payer la gratification, s'il ne justifie que l'ouvrage a quelque défaut considérable qui lui donne un juste sujet de mécontentement.

VII. Quant aux obligations que contracte le preneur par le contrat de Louage d'ouvrage, la principale consiste à exécuter l'ouvrage dont il s'est chargé. Mais doit-il exécuter cet ouvrage lui-même, ou peut-il le faire faire par une autre personne ? Il faut distinguer : s'il s'agit d'un ouvrage ordinaire, le preneur peut le faire faire à sa décharge par une autre personne ; mais s'il est question d'un ouvrage de génie dans lequel on considère le talent personnel de celui qui s'est chargé de le faire, il faut qu'il exécute l'ouvrage lui-même. Tel serait le cas où un peintre se serait chargé d'orner de tableaux une galerie.

VIII. Il faut d'ailleurs que le preneur achève l'ouvrage dans le temps porté par le marché ; sinon, il doit être tenu des dommages et intérêts qui résultent du retard. Ainsi, dans le cas où j'aurais traité avec un architecte pour me construire une maison, et la rendre habitable avant le 1er janvier de l'année suivante, il serait tenu de m'indemniser du loyer que j'aurais perçu, si la maison eût été achevée dans le temps fixé.

Le preneur serait pareillement tenu des dommages et intérêts du bailleur, si l'ouvrage était défectueux, soit par le vice des matériaux, soit par l'impéritie de l'entrepreneur ou des ouvriers qu'il

Source : BIU Cujas

aurait employés. La raison en est, que celui qui se charge d'un ouvrage, s'oblige de le faire conformément aux règles de l'art.

Si l'ouvrier soutient que l'ouvrage dont le bailleur se plaint, est recevable et n'est pas défectueux, le juge doit en ordonner la visite.

Lorsque l'ouvrier n'a pas employé convenablement les matières que le bailleur lui a fournies, et que, par son impéritie, il les a gâtées et mises hors d'état d'être employées à l'ouvrage pour lequel elles étaient destinées, il faut qu'il en fournisse d'autres de pareille qualité, ou qu'il en paye la valeur au bailleur.

Par exemple, si j'ai fourni un bloc de marbre à un sculpteur pour en faire une certaine statue, et que son ouvrage ne soit pas recevable, il sera obligé de le garder pour son compte, et de me payer la valeur de mon marbre.

Observez néanmoins que si ce n'est pas par la faute de l'ouvrier que les choses fournies ont été gâtées en les employant, mais par un vice propre a ces choses, il ne doit point être tenu de cette perte, à moins que, par une clause particulière du marché, il ne se soit expressément chargé du risque de ce cas fortuit.

IX. Si les choses fournies par le bailleur pour exécuter l'ouvrage, se sont perdues ou ont été volées depuis qu'elles ont été remises à l'ouvrier pour les employer, celui-ci est tenu de les payer ou d'en fournir d'autres de pareille qualité.

X. Si, par quelque accident de force majeure, l'ouvrage vient à périr avant qu'il soit reçu, ou même avant qu'il soit achevé, c'est au bailleur à supporter cette perte, et l'ouvrier doit être payé du travail fait jusqu'au moment où l'ouvrage est péri.

Supposez, par exemple, qu'un maître maçon se soit obligé à me construire une maison dans mon jardin, et à me fournir pour cet effet les matériaux nécessaires, il est certain qu'à mesure que la maison s'élève, elle devient un accessoire du terrain sur lequel on la bâtit ; d'où il suit que si une inondation ou un tremblement de terre vient à détruire l'ouvrage fait par le maître maçon, j'en dois supporter la perte, conformément à la règle, *res perit domino*.

S'il n'était pas prouvé que l'ouvrage, avant d'avoir été reçu, eût péri par un accident de force majeure, on présumerait qu'il est péri par la faute de l'ouvrier, et en conséquence on rejetterait la demande qu'il formerait pour être payé de cet ouvrage.

[[*V.* aux mots *Marchés* (*Devis et*) les dispositions que renferme le Code Napoléon sur cette matière.]]

XI. Quand un ouvrage est achevé, le bailleur doit le recevoir, c'est-à-dire l'approuver, s'il n'y trouve point de défectuosité; si au contraire il trouve l'ouvrage défectueux, et qu'en conséquence il ne veuille pas le recevoir, le juge doit en ordonner la visite par experts.

L'ouvrage est présumé reçu quand le bailleur a laissé passer un certain temps sans s'en plaindre, et sur-tout lorsqu'il en a payé le prix sans protestation.

XII. Le contrat de Louage d'ouvrage peut se résoudre par le consentement des parties; et si cette résolution a lieu avant que l'ouvrage ait été commencé, elle n'occasionne point de dommages et intérêts, à moins qu'il n'en ait été stipulé pour le cas où la convention serait résolue.

Si, au contraire, la résolution du contrat n'a lieu que depuis l'ouvrage commencé, le bailleur est obligé de payer à l'ouvrier le prix de ce qui a été fait, à moins que les parties n'en soient convenues autrement.

Le contrat de Louage d'ouvrage peut aussi quelquefois se résoudre par la volonté de l'une des parties. Ainsi, lorsque le bailleur ne juge plus à propos de faire faire l'ouvrage pour lequel il avait traité, il peut résoudre le marché, en avertissant l'ouvrier et en l'indemnisant. — Cette règle doit avoir lieu quand même l'ouvrage serait commencé. C'est pourquoi, aussitôt que le bailleur a signifié à l'ouvrier qu'il ne veut plus que l'ouvrage se continue, l'ouvrier doit discontinuer. Il faut seulement qu'en ce cas, le bailleur paye le prix de ce que l'ouvrier a fait, indépendamment des dommages et intérêts qui peuvent résulter de l'inexécution du marché. — Et si le bailleur avait payé d'avance la totalité du prix de l'ouvrage, il serait fondé à répéter ce prix, sous la déduction de la valeur de ce que l'ouvrier aurait fait, et de ce qui lui serait dû pour dommages et intérêts. — [[*V. Marchés* (*Devis et*).]]

XIII. Quoique le bailleur puisse faire résoudre le contrat de Louage d'ouvrage, il en est autrement de l'ouvrier; celui-ci est obligé d'exécuter le marché, tel qu'il a été conclu.

Mais le contrat dont il s'agit, se résout-il par la mort de l'ouvrier ? Il faut à cet égard distinguer deux cas : le premier a lieu quand l'ouvrage, qui est le sujet de la convention, peut se faire par d'autres comme l'ouvrier contractant aurait pu le faire : par exemple, si j'ai traité avec un menuisier pour rétablir les parquets d'un appartement, les héritiers de l'ouvrier sont tenus d'exécuter le marché, comme le défunt aurait été obligé de l'exécuter lui-même.

Le second cas se rencontre quand l'ouvrage énoncé au contrat est tel, que l'on a considéré le talent personnel de l'artiste avec lequel on a traité. Il est certain qu'alors la mort de l'artiste résout la convention, s'il est décédé avant d'avoir été mis en demeure de remplir son obligation : en effet, cette obligation étant d'un fait personnel à l'artiste, il est clair qu'elle doit être éteinte par son décès, puisque le talent qui en faisait l'objet, n'existe plus.

Source : BIU Cujas

[[Le Code Napoléon décide, art. 1795, que, dans l'un comme dans l'autre cas, la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur, dissout le contrat. *V. Marchés (Devis et).*]]

Mais si l'artiste avait été mis en demeure de faire l'ouvrage, ses héritiers seraient tenus des dommages et intérêts occasionnés par la négligence du défunt.

XIV. Enfin, le contrat de Louage d'ouvrage se résout lorsqu'une force majeure empêche l'exécution du marché; et en ce cas, l'ouvrier ne peut point exiger de dommages et intérêts. Tel serait le cas où un fleuve ayant changé son lit, l'aurait établi sur un terrain où je devais, en ma qualité d'architecte, vous construire la maison pour laquelle j'avais traité avec vous. Il est évident que le marché ne pouvant plus s'exécuter, il est nécessairement annullé, sans que je puisse vous demander des dommages et intérêts, puisque ce n'est pas par votre fait que le marché ne s'est point exécuté. Cependant, si j'avais fait des dépenses pour mettre des matériaux sur place, il serait juste que j'en fusse remboursé. (M. Guyot.) *

[[Cette dernière proposition ne peut plus se concilier avec l'esprit de l'art. 1290 du Code Napoléon, rapporté aux mots *Marchés (Devis et).*]]

* LOYAUX-COUTS. Ce sont les sommes que l'acquéreur a été obligé de payer, outre le prix de son acquisition.

Un retrayant [[aujourd'hui, en vertu de l'art. 2185 du Code Napoléon, l'adjudicataire surenchérisseur d'un immeuble aliéné par contrat volontaire et grevé d'hypothèques du chef des précédens propriétaires]], doit indemniser l'acquéreur, non seulement du prix principal et de ce qui en fait partie, mais encore de tous les Loyaux-Coûts de l'acquisition.

Ces Loyaux-Coûts sont, 1° ce que l'acquéreur a donné à la femme, aux enfans ou aux domestiques du vendeur, pour pot de vin, épingles, coiffes, etc., pourvu qu'il paraisse par le contrat, que ces choses ont fait partie des conditions de la vente : car si l'acquéreur avait fait ces présens par pure libéralité et sans que cela eût été stipulé par le contrat, il ne pourrait pas en exiger le remboursement.

2° Les Loyaux-Coûts comprennent tous les frais de contrat, c'est-à-dire, le contrôle, l'insinuation, le centième denier, [[aujourd'hui le droit d'enregistrement]], le papier, le parchemin et les salaires des notaires, tant pour la minute que pour les expéditions délivrées au vendeur et à l'acquéreur.

3° On met aussi au rang des Loyaux-Coûts, ce que l'acquéreur a donné au proxénète ou entremetteur du marché, jusqu'à concurrence néanmoins de ce qu'il est d'usage de donner à ces sortes de gens en pareil cas.

4° On comprend encore dans les Loyaux-Coûts, les frais de voyages que l'acquéreur a faits par lui-même ou par un expert qu'il a envoyé pour visiter l'objet de l'acquisition : ceci est fondé sur ce qu'il est de la prudence d'un acquéreur de connaître la chose qu'il veut acheter. Les frais de voyages pour passer le contrat, sont pareillement des Loyaux-Coûts.

Observez toutefois que ces frais de voyages ne peuvent être répétés qu'autant que l'acquéreur a fait ces voyages relativement à son acquisition : car s'il les eût faits pour d'autres affaires, et que l'objet de son acquisition eût seulement prolongé le temps des voyages, il ne pourrait répéter que la dépense qui lui aurait été occasionnée par cette prolongation.

5° On regarde aussi comme Loyaux-Coûts, les intérêts du prix que l'acquéreur a payés au vendeur. Le retrayant doit les payer, à compter du jour du paiement de l'acquisition, jusqu'aux offres de les rembourser, à moins que l'acquéreur n'ait perçu les fruits de l'héritage : en ce cas, ce dernier est censé indemnisé de la privation de la jouissance du prix qu'il a payé.

Si la demande en retrait n'a été formée qu'après une mauvaise récolte, l'acquéreur est-il fondé à répéter les intérêts du prix de son acquisition, en offrant de compter des fruits qu'il a perçus ? L'art. 138 de la coutume de Paris décide la question à l'égard d'un retrait sur un bail à rente rachetable : *Et quant aux arrérages échus dedans l'an précédant l'ajournement*, porte cet article, *l'acheteur les peut mettre en Loyaux-Coûts, en rendant par lui les fruits qu'il aurait perçus pendant ledit an.* Cette décision est fondée sur ce que l'acquéreur doit être entièrement indemnisé. Il semble, que par analogie, il devrait en être de même à l'égard des intérêts du prix d'une chose vendue : cependant Leprêtre rapporte un arrêt du 18 août 1626, par lequel les religieuses de l'Annonciade, sur qui le duc d'Elbeuf avait retiré l'hôtel de Mayenne, ont été déboutées de leur demande des intérêts du prix de leur acquisition, sous les offres qu'elles faisaient de compter des loyers de cet hôtel.

6° On répute encore Loyaux-Coûts les frais faits par l'acquéreur pour purger les hypothèques et assurer son acquisition. [[*V.* l'art. 2188 du Code Napoléon.]]

7° Il en est de même des frais de l'action que l'acquéreur a dirigée contre le vendeur pour l'obliger à exécuter le contrat; mais, en ce cas, le retrayant doit être subrogé à l'acquéreur, pour répéter ces frais au vendeur.

8° Au nombre des Loyaux-Coûts doivent aussi être comptés les frais d'instance que l'acquéreur a faits sur la demande en retrait formée contre lui, lorsqu'il n'a pas contesté. (M. Guyot.) *

[[L'art. 2188 du Code Napoléon oblige l'adjudicataire surenchérisseur de rembourser à l'acquéreur qu'il évince, les frais que celui-ci a faits pour parvenir à la revente.]]

LOYER. *V. Bail, Louage* et *Matelot.*

Source : BIU Cujas

M.

MACÉDONIEN. On appelle *sénatus-consulte Macédonien*, un décret du sénat de Rome, qui fut ainsi nommé du nom de Macédo, fameux usurier, à l'occasion duquel il fut rendu.

Ce particulier vint à Rome du temps de Vespasien, et, profitant du goût de la jeunesse romaine pour la débauche, il prêtait de l'argent aux fils de famille qui étaient sous la puissance paternelle, en leur faisant reconnaître le double de ce qu'il leur avait prêté; de sorte que quand ils devenaient maîtres de leurs droits, la plus grande partie de leur bien se trouvait absorbée par les usures énormes de ce Macédo. C'est pourquoi l'empereur fit rendre ce sénatus-consulte, appelé *Macédonien*, qui déclara toutes les obligations faites par les fils de famille, nulles, même après la mort de leur père.

La disposition du sénatus-consulte Macédonien est rappelée dans les capitulaires de Charlemagne.

Il y a divers arrêts du parlement de Paris, qui, en conformité de cette loi, ont défendu de prêter aux enfans de famille. Papon en rapporte un de la veille de Noël 1526, qui fait défense à tout marchand de donner ou vendre à crédit aucune marchandise aux fils de famille sans le consentement de leurs pères, et aux mineurs, sans le consentement de leurs tuteurs ou curateurs, à peine de perte de leurs marchandises et d'amende arbitraire.

Mornac rapporte un autre arrêt du 17 mars 1614, qui a condamné à un bannissement perpétuel un nommé Santeuil, qui prêtait de l'argent aux enfans de famille.

Brodeau, sur Louet, en rapporte un troisième rendu, toutes les chambres assemblées, le 26 mars 1624, qui fait défense à toutes sortes de personnes de quelque état et condition qu'elles soient, de prêter de l'argent aux enfans de famille, quand même ils se diraient majeurs, et qu'ils mettraient l'extrait de leur baptistaire entre les mains des prêteurs, à peine de nullité des promesses, de confiscation des choses prêtées, et de punition corporelle.

Quoique le sénatus-consulte *Macédonien* annulle les obligations des enfans de famille, causées pour prêt d'argent ou pour cautionnement, ils ne peuvent néanmoins diriger aucune action pour répéter les paiemens qu'ils ont faits en conséquence de ces obligations.

La nullité prononcée par le sénatus-consulte Macédonien, n'a pas lieu à l'égard d'une obligation contractée par le fils de famille, et dont le père a profité, ni lorsque l'emprunt a été fait avec le consentement du père.

Il en serait de même à l'égard d'un prêt fait pour acquitter une dette que le fils de famille aurait été condamné à payer. (M. GUYOT.) *

[[Le sénatus-consulte Macédonien n'a plus d'objet depuis que la puissance paternelle cesse à la majorité. *V. Puissance paternelle.*]]

MACHINATION. *V. Conspiration* et *Tentative de crime.*

* MAÇONNERIE, OU CHAMBRE DES BATIMENS. On désigne ordinairement sous le nom de *chambre des bâtimens*, ou *Maçonnerie*, une juridiction royale, ressortissante au parlement, établie au palais à Paris depuis plusieurs années, et créée dans l'origine pour connaître de tout ce qui a rapport à la construction, sûreté et police des bâtimens, recevoir les entrepreneurs, faire observer leurs statuts et les règles de leur art, décider toutes les contestations qui naissent pour raison de leurs ouvrages, soit entre eux, soit entre leurs fournisseurs et ouvriers, etc.

La construction des bâtimens, leur solidité, les accidens qui peuvent résulter des défectuosités de la bâtisse, le rapport qu'ils ont, non seulement avec la fortune et l'aisance des citoyens, mais encore avec la sûreté publique, ont dans tous les temps paru mériter la plus grande attention de la part des souverains; et le gouvernement a pris un soin particulier de tout ce qui pouvait y avoir trait.

C'est par ces motifs que bien des siècles avant qu'il fût question de maîtrises, de jurandes, de communautés d'arts et métiers, nos rois avaient jugé nécessaire d'établir une juridiction particulière, soit pour leurs bâtimens, soit pour ceux des particuliers, et de créer un juge général des œuvres de Maçonnerie, charpentes et autres constructions en tout genre, chargé de la visite et police des bâtimens, de l'examen des entrepreneurs, de leur réception, de punir leurs malversations et malfaçons, et de procurer aux lois et règles des bâtimens leur pleine exécution.

On prétend que Louis IX, non moins connu par les établissemens qu'il a faits et par la sagesse de ses ordonnances, que par sa piété, est le premier qui, pour donner une juridiction fixe et sédentaire au général des bâtimens, créa dans son palais une juridiction spécialement destinée à connaître de tout ce qui aurait rapport à la bâtisse, et à veiller aux abus qui pourraient en résulter.

Ce qu'il y a de certain, c'est que cette juridiction, la plus ancienne des tribunaux ordinaires de Paris, après le châtelet, existait déjà en 1317, ainsi qu'on le voit par des anciennes or-

Source : BIU Cujas

donnances ou statuts donnés le mardi d'après noël de la même année, et registrés depuis au parlement le 3 septembre 1574, en vertu de lettres-patentes confirmatives de Charles IX, du 9 avril précédent. (M. Boyssou.)

[[Cette juridiction a été supprimée par l'art. 13 de la loi du 7 septembre 1790.]]

MADELAER, (on prononce *Madelare*). Ce mot signifie à peu près *entremetteur*. Voici ce qu'en dit M. le président Dubois d'Hermanville, dans son *Recueil d'arrêts du parlement de Flandre* : — «Les fonctions du *Madelaer* ne sont pas plus connues que le nom hors la Flandre flamingante, où il est seulement d'usage d'en commettre : nous n'avons rien qui y soit plus conforme que le curateur; mais il s'y trouve plusieurs différences, car les curateurs ne se donnent qu'aux successions vacantes, et le *Madelaer* est constitué aussi dans les successions recueillies : il est procureur et agent en toute espèce de succession ouverte pour en poursuivre les droits et en acquitter les charges; on lui assigne par les héritiers certains biens, pour en faire la vente et payer les dettes du défunt; les tuteurs des mineurs font au *Madelaer* ces assignations, lequel enfin est tenu de rendre bon et fidèle compte de son administration ».

Nous ne pouvons donner une plus juste idée des règles établies sur cette matière, qu'en transcrivant ici quelques dispositions du tit. 19 de la coutume de Bergues-Saint-Winock :

« *Art.* 45. Les partageurs sont tenus, avant la clôture du partage, de faire établir et commettre par le survivant ou la survivante, où il y a survivant, et par les autres héritiers du défunt, un *Madelaer* qui soit bourgeois de la ville et châtellenie lorsque la maison mortuaire y ressortit, ou du moins quelqu'un qui établisse domicile sous le vasselage où la maison mortuaire ressortit, afin de faire le recouvrement des dettes payables, et de vendre les autres biens qui lui ont été désignés, et payer les dettes passives, et de répondre pour la maison mortuaire, et la défendre pendant l'an et jour contre tous les créanciers, après la division et la clôture du partage; et à la fin du susdit an, il est tenu de rendre compte pardevant les partageurs, en présence du survivant et des autres héritiers, et même en justice, s'il en est besoin, par pièces justificatives, d'en payer le reliquat, et outre cela, de constituer à son entrée bonne et suffisante caution; et où le survivant ou la survivante, et aussi les héritiers différeraient de le faire, lesdits gens de partage sont obligés d'en faire leur plainte à la justice, afin qu'il y soit pourvu et ordonné ainsi qu'il sera trouvé convenir.

» 46. Devant lequel établissement du *Madelaer*, les héritiers de la succession ne prendront aucun profit, ni n'en pourront profiter, si ce n'était en donnant caution suffisante et *resséante*, (c'est-à-dire, *domiciliée*); ou à défaut de ce, chacun des héritiers ayant fait l'acceptation, avant d'établir le *Madelaer*, la caution susdite pourra être attaquée des créanciers *in solidum*, sauf leur recours contre leurs cohéritiers.

47. Le *Madelaer*, pour vendre les biens, soit fiefs ou héritages, qui lui ont été donnés pour les dettes passives, n'est point tenu d'avoir la permission des *tuteurs en chef* (*V.* ce mot), quoiqu'il y ait des mineurs qui aient droit en la succession; il est tenu néanmoins de les vendre par subhastation, soit que des mineurs y aient droit ou non, à peine de l'amende de 6 livres parisis et de nullité de la vente; si n'était que les enfans étant devenus maîtres d'eux-mêmes, la vente ne fût par eux ou par les autres héritiers tacitement ou expressément avouée au temps du compte de l'entremise, ou qu'ils eussent consenti, quand il n'y a nuls mineurs, que la vente pût se faire de la main à la main.

» 48. Et le survivant ou la survivante peut, avant tout autre, et après l'un ou l'autre d'eux, l'un des héritiers être établi *Madelaer*, si ce n'était en cas d'opposition, comme quand cela sera remis au dire de la loi, pourvu qu'il fasse ce qu'un entremetteur est obligé de faire; mais non pas ceux qui ont été partageurs en la même maison mortuaire.

» 49. Après le temps susdit de l'an et jour, et après la clôture du compte de l'entremise, le *Madelaer* n'est point tenu de répondre davantage pour la maison mortuaire : mais si dans la suite quelqu'un a quelque chose à demander à la maison mortuaire, il est tenu de poursuivre son dû contre le survivant ou la survivante, et contre chacun des héritiers ».

Les autres coutumes de Flandre renferment à peu près les mêmes dispositions sur cette matière. Voici ce que porte celle de Bourbourg, rubr. 11, art. 3 : « On est d'usage de mettre en toute maison mortuaire, un *Madelaer* qui représente la maison mortuaire et en réponde; et les survivans ou survivantes peuvent être *Madelaers* en leurs maisons mortuaires, avant tous les autres héritiers desdites maisons mortuaires, sous un salaire ordonné par la loi ou par accord avec les héritiers, pourvu qu'ils fassent ce qu'un autre *Madelaer* est obligé de faire, et qu'ils établissent caution suffisante pour leurs administrations, en étant requis. — 4. Et si tant est que la survivante ou le survivant ne puisse donner caution, l'héritier le plus apparent y sera recevable, pourvu qu'il établisse caution suffisante, comme ci-devant; et y ayant plusieurs héritiers en un même degré, celui-là est préféré qui veut administrer la maison mortuaire à un moindre salaire; de laquelle administration il est tenu de rendre compte par pièces justificatives à la fin de l'année, ainsi qu'il est dit ci-devant, après la clôture duquel et après le reliquat payé, leurs cautions sont déchargées, et chacun d'eux peut être attaqué seulement à l'avenant de sa quote et portion héréditaire ».

On connaît aussi le nom et les fonctions du Madelaer dans le pays de Langle, qui a été détaché

Source : BIU Cujas

de la châtellenie de Bourbourg en Flandre, pour être incorporé à la province d'Artois. L'article 17 de la coutume de ce pays porte : « Quand aucun va de vie à trépas chargé de dettes, et que personne ne se fonde héritier, de manière que l'on tiendrait la maison tombée en rompture, sera, par ordonnance des échevins et *keur-heers* (*V.* ce mot), commis quelque personnage indoine curateur des biens, desquels il fera inventaire judiciaire, à charge de rendre compte en dedans un an après ladite curatelle emprise, donner suffisante caution à l'assurance des créditeurs pour l'administration et renseing desdits biens, desquels vente se fera pour les deniers en procédant être distribués entre les créditeurs au marc la livre : et ès maisons mortuaires où il y a beaucoup de dettes, tant actives que passives, de grande recherche, on y commet personnage appelé *Madelaer*, contre lequel on doit agir, et est tenu répondre aux demandes que l'on fera, et rendre compte de son administration; et où il n'y a *Madelaer* commis, si la veuve ne renonce en dedans quarante jours aux biens meubles, est poursuivable pour toutes les dettes, sauf son recouvrer pour la moitié sur les héritiers du défunt ».

Le recueil de M. Dubois d'Hermanville nous offre un arrêt assez remarquable sur les fonctions et le pouvoir des *Madelaers*. — Jean Maupetit avait été établi, en juillet 1649, Madelaer à la succession du nommé Lampredel, ouverte à Bergues-Saint-Winock. Cette succession était chargée, entre autres dettes, d'une somme de 1800 liv. due au nommé Clezemans. Le 7 décembre 1651, Maupetit rend son compte; il y porte ces 1800 livres comme payées à Clezemans; et balance si bien sa recette avec sa dépense, que celle-ci surpasse celle-là de 2700 liv. Pour remplir ce vide, les tuteurs des mineurs Lampredel lui abandonnent sept mesures de terre; il les expose en vente, s'en rend adjudicataire pour le prix de 33 livres de gros à la mesure, et les revend au nommé de Gueldres, son créancier. Sur la fin de l'année 1652, les tuteurs apprennent que Maupetit n'a point payé Clezemans; en conséquence, ils obtiennent du juge une ordonnance qui les autorise à vendre de nouveau les sept mesures de terre; et le nommé de Gueldres qui les avait achetées du Madelaer 33 livres de gros à la mesure, les rachète des tuteurs sur le pied de 34 liv. Aussitôt requête de sa part en dommages-intérêts contre Maupetit, et demande de Maupetit contre les tuteurs, pour les faire départir de la seconde vente, comme nulle et faite au préjudice de la première, qu'il soutient valable. — Les moyens du Madelaer consistaient à dire que les mineurs étaient devenus réellement ses débiteurs par la clôture de son compte; que quoique la dette de Clezemans qu'il y avait fait entrer, ne fût pas acquittée, il n'en avait pas moins libéré les mineurs par une novation qu'il avait faite personnellement avec le créancier; qu'à l'égard de la vente par lui et à lui faite au nom des mineurs, on ne pouvait l'arguer de défaut de formalités, puisque l'un des tuteurs y avait consenti et qu'elle avait été signifiée à l'autre; que l'on ne pouvait pas non plus y opposer de lésion, quoique le prix de la seconde et de la troisième vente fût plus considérable que celui de la première, et cela par deux raisons : 1° parceque les tuteurs ne s'étaient pas munis de lettres de rescision; 2° parcequ'il était question d'une vente publique et par enchères, contre laquelle tout moyen de lésion était impuissant. — On disait au contraire de la part des tuteurs, qu'en supposant à la novation passée entre le Madelaer et Clezemans, la vertu de libérer entièrement les mineurs envers celui-ci, l'adjudication faite à celui-là des sept mesures de terre dont il s'agissait, n'en était pas moins nulle : 1° par le défaut d'intervention des deux tuteurs; 2° par l'interruption des criées; 3° par l'incapacité du Madelaer de profiter personnellement du traité qu'il avait fait avec Clezemans, créancier des mineurs; 4° enfin, par la lésion dont était visiblement infectée la vente dont il s'agissait (1). — Sur ces raisons, arrêt est intervenu au parlement de Flandre, le 11 janvier 1690, qui a déclaré, en confirmant une sentence du conseil provincial de Gand, l'adjudication faite à Maupetit nulle et de nul effet; et celle qui avait été faite à de Gueldres par les tuteurs bonne et valable.

[[Le titre et les fonctions de Madelaer sont abolis depuis la publication du titre *des Successions* du Code Napoléon. *V.* la loi du 30 ventose an 12, art. 7.]]

[[MADRAGUE. C'est une enceinte de câble et de filets, pratiquée dans la mer pour prendre des poissons et principalement des thons. On les appelle aussi *bordigues*.

On a retracé sous ce dernier mot, les dispositions de l'ordonnance de 1681 sur les bordigues ou Madragues. Il nous reste ici à faire connaître comment un arrêté du gouvernement, du 9 germinal an 9, a adapté le mode de leur execution avec la forme actuelle de l'administration publique :

« *Art.* 1. Aucune Madrague ou filet à pêcher des thons, ne pourra être calée sans une permission du ministre de la marine, laquelle sera enregistrée au bureau de l'inspection du port dont la Madrague dépendra.

» 2. Cette permission ne sera donnée que d'après un procès-verbal dressé par l'administration de la marine, sous l'ordre du préfet maritime. Ce procès-verbal devra constater que la Madrague dont l'établissement est demandé, ne peut nuire en aucune manière à la navigation.

» 3. Les citoyens à qui la permission de caler une Madrague sera accordée, seront tenus de passer un bail dont la durée et les conditions seront déterminées par la régie des domaines nationaux; et le produit sera versé dans ses caisses.

(1) Les tuteurs se prévalaient aussi du défaut d'autorisation de justice; mais ce moyen était détruit par l'art. 47 du tit. 19 de la coutume de Bergues, rapporté ci-dessus.

Source : BIU Cujas

» 4. Les baux actuels continueront d'être exécutés jusqu'à leur expiration ; mais l'administration de la marine s'assurera, sans délai, si l'établissement des Madragues déjà affermées ne nuit point à la navigation; et dans le cas où il y nuirait, elle déterminera le nouvel emplacement qui devra leur être assigné. — A l'expiration desdits baux, les concessionnaires des Madragues seront tenus aux conditions exprimées par l'article précédent.

» 5. La police sur l'établissement des Madragues et sur les marins qui y seront employés, appartiendra exclusivement, sous l'autorité du ministre de la marine, à l'administration des ports et arsenaux.

» 6. Cette administration veillera à ce que les concessionnaires des Madragues placent sur les extrémités de leurs filets les plus avancées en mer, des orins, bouées ou gavitaux, à peine de répondre des dommages qui pourraient résulter du défaut de cette précaution.

» 7. Tous pêcheurs auront la liberté de tendre des thouaires et combrières, et de pêcher dans le voisinage des Madragues, pourvu qu'il se tiennent à une distance suffisante pour ne pas nuire à ces établissemens : s'ils s'en approchent de trop près, et qu'ils occasionnent des dommages, ils en demeureront responsables ».

V. Bouchot, Bouée, et *Pêche*, sect. 2.]]

* MAGISTRAT. Ce mot chez les Romains signifiait une personne revêtue de l'autorité publique, ayant empire, c'est-à-dire, commandement et juridiction. La plupart réunissaient l'autorité civile et militaire. Ils étaient ainsi appelés, parceque leurs fonctions et leur autorité les élevaient au-dessus des particuliers.

I. On trouve dans Loyseau et dans Cujas, des dissertations très savantes sur la nature du commandement qui appartenait aux Magistrats chez les Romains : mais ces dissertations sur des points bien différens de nos mœurs, peuvent à peine être entendues des personnes les plus versées dans cette partie de la jurisprudence romaine, qui a exercé plusieurs anciens interprètes du droit, et qui est plus curieuse qu'utile. Ce qui paraît le plus clair, c'est qu'on distinguait deux sortes de commandemens.

L'un, appelé *merum imperium*, était le droit de glaive, ou le droit d'infliger aux citoyens une peine capitale. Ce droit n'était pas censé attaché à la magistrature; il résidait dans le peuple du temps de la république, et après la subversion de la république, dans les empereurs. Le Magistrat n'en avait que l'exercice; il n'était regardé que comme un mandataire ou un délégué pour l'exercice ou l'exécution de ce droit, et il ne pouvait pas le subdéléguer à un autre.

L'autre espèce de commandement appelé *mixtum imperium*, était attaché à la juridiction, et consistait à faire exécuter les jugemens, à condamner à une amende; c'était le pouvoir sans lequel la juridiction n'aurait pu être exercée.

En France, on appelle *Magistrats*, les personnes préposées pour rendre la justice.

Loyseau dit que la qualité de Magistrat ne convient pas aux juges d'attribution, parcequ'ils n'ont pas cet empire et cette puissance qui caractérisent la magistrature. Mais ne peut-on pas dire que Loyseau s'est attaché trop strictement aux termes du droit romain? Nos mœurs sont bien différentes; si nous prenions le terme de *Magistrat* strictement comme dans le droit romain, nous n'aurions pas de Magistrats proprement dits : il semble que cette qualité doit convenir à tous ceux qui sont revêtus d'un office dont les fonctions consistent à rendre la justice, sans distinction des juges ordinaires ou des juges d'attribution, parceque ceux-ci ont, pour les cas qui sont de leur compétence, la même autorité que les juges ordinaires, c'est-à-dire, le droit de décider, de rendre des jugemens, et de les faire exécuter.

Les juges-consuls ne sont pas Magistrats, parcequ'ils n'ont qu'une juridiction très imparfaite, qui se borne à la connaissance et à la décision de certaines affaires concernant le négoce; mais ils n'ont pas l'exécution de leurs jugemens, ce qui caractérise principalement la puissance publique; ce sont les juges ordinaires qui exécutent les sentences des consuls.

II. Un Magistrat qui serait devenu aveugle, pourrait-il continuer ses fonctions? Cette question s'est présentée au parlement d'Aix.

Le sieur Firmin, lieutenant particulier civil au siège de Brignolle, sentant que sa vue était entièrement affaiblie, demanda au parlement d'Aix qu'il lui fût permis de continuer ses fonctions malgré son infirmité : il y fut autorisé par arrêt. — Le lieutenant criminel du même siège, curieux apparemment de présider, demanda la révocation de cet arrêt, et qu'il fût fait défenses au sieur Firmin de présider aux audiences et au conseil en l'absence du lieutenant général, de décréter aucune requête, ni de faire aucune procédure de justice où la signature du Magistrat serait nécessaire : il se fondait sur ce que ce lieutenant particulier civil ayant perdu l'usage de la vue, était obligé de s'en rapporter à la bonne foi du greffier, et qu'il ne pouvait faire ses fonctions sans s'exposer à tous les inconvéniens auxquels les lois ont voulu remédier. — M. l'avocat général, qui porta la parole dans cette cause, observa que, suivant les lois romaines, celui qui était aveugle pouvait faire la fonction de juge ; mais, quant à la magistrature, on distinguait : le Magistrat devenu aveugle pouvait retenir la magistrature dont il se trouvait revêtu; mais il était exclus d'en obtenir une nouvelle. — « Cette décision (dit-il), est fondée sur une raison d'équité ; car s'il paraît être d'une dangereuse conséquence de conférer la magistrature à un aveugle, il semble qu'il y aurait une espèce d'inhumanité d'en priver une personne qui, loin de s'en rendre indigne par sa faute, doit être un objet de compassion pour le malheur qu'elle a eu de perdre l'usage de la vue. Si, suivant les lois,

Source : BIU Cujas

la privation de la vue n'exclut personne de la fonction de juge, on peut dire que cette même incommodité ne doit exclure personne de la magistrature, d'autant mieux que, selon les lois du Code et l'usage du royaume, les Magistrats font aujourd'hui la fonction de juge, et que cette fonction fait la partie la plus essentielle de la magistrature. — Loin que la privation de la vue cause aucun empêchement à un juge dans l'exercice de sa charge, au contraire, les aveugles sont d'autant plus propres à remplir cette fonction, qu'ils sont plus recueillis et moins distraits par les objets extérieurs. — Cependant, on ne saurait dissimuler qu'il n'y ait certaines obligations attachées à la fonction de juge, auxquelles il semble impossible à un aveugle de satisfaire. — L'ordonnance de 1667 exige que celui qui aura présidé, voie à l'issue de l'audience ou dans le même jour, ce que le greffier aura rédigé, qu'il signe le plumitif, et paraphe chaque sentence, jugement ou arrêt. — Comment donc accorder toutes ces choses avec la loi, qui dit que l'aveugle peut retenir la magistrature? Cependant nous ne voyons pas que cette loi ait été abrogée par aucune postérieure ni par aucune ordonnance. Mornac, qui n'ignorait pas les anciennes ordonnances, n'a pas laissé d'approuver la disposition de cette loi, et de dire que le juge qui ne pouvait pas lire par lui-même ses sentences et ses décrets, pouvait employer en cela le ministère d'un autre; il rapporte qu'il avait voulu, par ces raisons, persuader à un Magistrat de continuer l'exercice de sa charge, malgré son incommodité de la vue. — Nous ne saurions (dit M. l'avocat général), assez louer la délicatesse de ce Magistrat, qui, dans le cours de deux opinions probables, aima mieux suivre celle qui était la plus sévère. Mais nous n'estimons pas que ceux qui se trouvent dans le même cas, soient indispensablement obligés de suivre le même exemple. Nous ne devons pas être plus sévères que les lois et les ordonnances, qui n'ont pas défendu aux juges qui sont devenus aveugles, de continuer l'exercice de leurs charges. — S'il s'agissait de procédures criminelles, il serait de notre devoir de requérir qu'il lui fût fait défenses d'en faire; mais nous ne voyons pas qu'il puisse le prétendre, puisqu'étant lieutenant particulier civil, il ne peut remplir la place de lieutenant en chef que dans les matières civiles; en quoi nous ne voyons pas qu'il y ait aucune raison de s'opposer à sa prétention, ni de requérir la révocation du décret qu'il a obtenu ». — Sur ces conclusions, arrêt du 14 juin 1689, qui confirme le premier.

On voit, par ce qui vient d'être dit, qu'un aveugle ne pourrait acquérir aucune charge de judicature; que, quand l'accident lui arrive, on le continue dans l'exercice de sa charge par une espèce de grace, parcequ'on se fait une peine d'ôter l'état à un officier, sur-tout s'il est ancien et qu'il ait bien mérité; mais il ne peut faire aucune procédure criminelle. (M. LAFOREST.) *

[[*V.* le décret impérial du 2 octobre 1807, rapporté au mot *Honoraire*.]]

MAGISTRAT (LE). Denizart dit qu'en Artois, en Flandre et dans tous les Pays-Bas, on entend communément par *le Magistrat*, « le tribunal entier d'une justice municipale composée du mayeur et des échevins ».

Cette définition n'est pas exacte : il y a plusieurs endroits où *le Magistrat*, proprement dit, est essentiellement distinct de l'échevinage, où le premier forme le corps municipal, et le second rend la justice; où celui-ci est à celui-là, comme la partie est au tout.

La constitution du *Magistrat*, considéré comme corps municipal, n'est pas la même dans toutes les villes.

Pour ne parler ici que de trois, il est composé à Lille d'un prévôt, d'un rewart, d'un mayeur, de onze échevins, de douze conseillers, dont trois ont le titre de *voir-jurés*, de *huit hommes*, de trois conseillers-pensionnaires, d'un procureur-syndic, d'un greffier civil, d'un greffier criminel et de trois trésoriers.

A Douai, *le Magistrat* est composé de douze échevins, de deux conseillers-pensionnaires, de deux procureurs-syndics, de deux greffiers, d'un conseil, d'un arrière-conseil et de quatre surintendans des vivres. Le conseil est rempli par les douze échevins sortis d'exercice avant ceux qui y sont actuellement, et l'arrière-conseil par les douze autres du tour antérieur.

A Valenciennes, *le Magistrat* consiste en un prévôt, un lieutenant-prévôt, douze échevins, un mayeur, deux conseillers-pensionnaires, un procureur-syndic, trois greffiers, un trésorier et vingt-cinq conseillers.

Le Magistrat d'une ville, comme corps municipal, représente la généralité des habitans, et il en administre les affaires communes, les biens patrimoniaux, les deniers d'octroi.

S'il faut encore en croire Denizart, le Magistrat de Cambrai, considéré comme corps échevinal, *connaît des cas royaux, parceque quelques uns de ses membres sont officiers royaux*. Cette assertion est de toute fausseté; jamais les cas royaux n'ont été de la compétence du *Magistrat* de Cambrai, et le parlement de Flandre en a toujours connu en première instance dans toute l'étendue de la province de Cambresis.

Il y a dans les chartes générales de Hainaut quelques dispositions singulières sur l'administration des *Magistrats*.

L'art. 5 du chap. 48 déclare qu'il ne faut point d'autorisation du prince ni de son représentant dans la province de Hainaut, pour habiliter les officiers municipaux à plaider sous le nom de leur communauté. Mais cette disposition a été abrogée, dans le Hainaut français, par différens édits et déclarations, qui ont défendu aux échevins, gens de loi et autres administrateurs des communautés d'habitans, d'intenter ou soutenir aucun procès en

Source : BIU Cujas

leur qualité, sans s'y être fait autoriser expressément par le commissaire départi. *V. Communauté d'habitans.*

L'art. 6 porte que, pour passer une procuration à l'effet de plaider au nom d'une communauté d'habitans, « il suffira du mayeur, prévôt, vicomte, ou leur lieutenant, aussi quatre echevins du moins, avec la plus grande et saine partie des manans, promettant d'accomplir le jugé sur obligation d'eux et leurs biens, aussi des biens de ladite communauté ».

L'art. 8 modifie cette disposition : « Et si, pour cause du grand nombre desdits manans, l'on ne pouvait recouvrer la plus grande et saine partie, suffira avec les gens de loi d'avoir encore dix manans ».

Il peut arriver que dans une communauté d'habitans dispersés en différens cantons, il n'y ait que ceux d'un canton particulier qui aient interêt de plaider ; en ce cas, il ne serait pas juste que le refus des autres d'intervenir dans le procès fût pour eux une barrière à la défense de leurs droits ; c'est pourquoi l'art. 7 porte que, « où la difficulté toucherait singulièrement à quelque petit nombre de manans, distans du bourg principal de la communauté, iceux, après avoir vaincu par sommation les gens de loi et autres manans, pourront passer procuration pour poursuivre et défendre leur droit à leurs depens ».

L'art. 9 va plus loin : il permet à tout particulier de soutenir en son nom la cause de la communauté ; voici comme il est conçu : « Si les gens de loi et la plupart des manans ne voulaient passer procuration pour agir et défendre à la garde du droit de la communauté, un particulier ou plusieurs, sommation comme dessus préalablement faite, pourraient le faire à leurs dépens, sans néanmoins que telles procédures puissent préjudicier au surplus de la communauté ».

Cette disposition est absolument particulière au Hainaut. De droit commun, les particuliers ne sont pas recevables à soutenir, soit en demandant, soit en défendant, les procès dans lesquels ils n'ont d'autre intérêt que celui de la communauté en général. C'est ce qui vient d'être jugé au parlement de Douai. — Le seigneur d'Hamel, en Flandre, avait obtenu, le 14 février 1780, un arrêt sur requête, qui mettait ses plantis sous la sauve-garde de la communauté : les mayeur et échevins ne se crurent pas fondés à y former opposition ; en conséquence, trente-six habitans prirent le parti de s'y opposer d'eux-mêmes et en leurs noms ; et le 10 mai de la même année, arrêt est intervenu, qui les *déclare non recevables en la forme qu'ils agissent, et les condamne aux dépens.* — [[*V. Biens*, §. 7.]] — La seule ressource que l'on ait dans le cas d'un pareil refus de la part des officiers municipaux, est de faire ordonner par l'intendant, qu'il sera tenu devant son subdélégué une assemblée de tous les habitans, pour délibérer sur le parti qui convient le mieux aux intérêts de la communauté.

[[Aujourd'hui, en pareil cas, le préfet ordonne au conseil municipal de s'assembler, et de prendre une délibération qui est ensuite soumise au conseil de préfecture. *V. Communauté d'habitans.*

Au surplus, les *Magistrats* des provinces belgiques ont été supprimés par la loi du 14 décembre 1789. *V. Echevins.*]]

* [[MAGISTRAT DE SURETÉ (1). On nomme ainsi les substituts des procureurs généraux des cours de justice criminelle, que la loi du 7 pluviose an 9 a créés dans chaque arrondissement communal, près des directeurs de jurys, pour la recherche et la poursuite des délits dont la connaissance appartient, soit aux tribunaux de police correctionnelle, soit aux cours de justice criminelle.

Les Magistrats de sûreté sont donc essentiellement, officiers de police judiciaire. Ils sont aussi accusateurs publics, mais seulement devant les jurys d'accusation ; ils n'ont ni qualité, ni fonctions devant les cours de justice criminelle : ils dressent les actes d'accusations devant les jurys d'accusation en leur qualité de substituts des procureurs généraux qui sont les agens directs du gouvernement pour l'exercice de l'action publique, et qui en font personnellement la poursuite devant les cours de justice criminelle auprès desquelles ils sont établis.

I. Avant l'institution des Magistrats de sûreté, la *police judiciaire*, c'est-à-dire, cette police qui recherche les délits et leurs auteurs, qui rassemble les premières preuves, qui, par un arrestation provisoire, prévient la fuite des individus que ces premières preuves désignent à l'action de la justice, et qui remet ensuite aux Magistrats chargés de l'instruction, les individus qu'elle a ainsi provisoirement arrêtés, et l'instruction préparatoire qu'elle a faite ; cette police était exercée, d'après les distinctions déterminées dans les premiers titres du livre 1 du Code du 3 brumaire an 4, par les gardes champêtres et forestiers, par les juges de paix, par les directeurs de jurys, par les officiers de gendarmerie, par les commissaires de police, et dans les communes dont la population ne s'élève pas à 5000 ames, par les maires ou leurs adjoints qui, dans ces communes, remplissent les fonctions de commissaires de police.

Les attributions de la police judiciaire avaient été étendues en faveur des juges de paix, jusqu'à leur donner le droit de lancer le mandat d'arrêt qui est la base essentielle et fondamentale de la procédure criminelle. A plus forte raison ce droit appartenait-il au directeur du jury sur la tête duquel le Code du 3 brumaire an 4 avait accumulé et confondu les fonctions de Magistrat d'instruction, de partie accusatrice, et pour certains cas, d'officier de police judiciaire.

(1) Cet article, à l'exception de ce qui y est placé en note, appartient à M. B. — *V. Connexité*, §. 4.

Source : BIU Cujas

Les commissaires de police qui, d'après le Code du 3 brumaire an 4, ne participaient à la police judiciaire que relativement aux délits dont la peine n'excède pas une amende égale à la valeur de trois journées de travail ou trois jours d'emprisonnement, en avaient reçu les attributions par un arrêté du gouvernement du 5 brumaire an 9, pour les délits correctionnels et même pour ceux du grand criminel.

Il a paru sage au législateur de circonscrire le pouvoir de la police judiciaire dans des mesures seulement préparatoires et provisoires; et par-là, de séparer la magistrature d'instruction, de la magistrature de poursuite; le droit de juger s'il y a lieu de mettre un prévenu en liberté ou de le soumettre à l'épreuve d'une instruction et d'un jugement, de l'exercice de l'action publique; l'attribution du règlement de la compétence, du ministère d'accusateur.

Il lui a paru sage sur-tout de créer une magistrature spéciale pour les fonctions de police judiciaire qui exigeant un zèle et un dévouement absolus, ne pouvaient pas être pleinement remplies par des officiers qui ayant d'autres attributions, étaient sans cesse distraits ou appelés par d'autres devoirs.

C'est d'après ces vues de sagesse, que la loi du 7 pluviose an 9 n'a laissé à la police judiciaire que le droit de faire l'instruction préparatoire nécessaire pour la recherche des délits, ou pour en saisir les preuves fugitives, et celui de s'assurer de la personne des prévenus par un mandat de dépôt qui ne peut jamais produire qu'une arrestation provisoire; qu'elle a dépouillé les directeurs des jurys de toutes les attributions de la police judiciaire, pour n'en faire que des Magistrats d'instruction; qu'elle leur a ôté la charge d'accusateurs, pour qu'ils restassent juges impassibles; qu'en cette qualité elle leur a donné le droit de décider s'il y a lieu de mettre en liberté les prévenus, ou de les traduire devant les tribunaux, et de fixer à quelle espèce de juridiction criminelle ils doivent être soumis; qu'elle a créé les Magistrats de sûreté pour la recherche et la poursuite des délits dont la répression importe le plus à la société, c'est-à-dire, des délits qui sont passibles de peines correctionnelles ou de peines afflictives ou infamantes; qu'elle les a placés auprès des directeurs de jury, pour activer et surveiller la procédure et l'instruction; requérir, lorsque cette instruction est terminée, la mise en liberté des prévenus, ou leur traduction devant une des juridictions criminelles. Elle a donné enfin à la vindicte publique une garantie qu'elle n'avait plus depuis le Code du 3 brumaire an 4, en conférant aux Magistrats de sûreté et aux procureurs généraux, la faculté de faire statuer par les tribunaux, sur les conflits qui s'élèveraient entre les ordonnances des directeurs du jury et les réquisitions des Magistrats de sûreté.

Tel est en quelque sorte, le sommaire de la loi du 7 pluviose an 9, dont nous aurons bientôt à développer les dispositions principales.

Mais avant d'entrer dans leur examen, nous observerons qu'en modifiant les attributions de police judiciaire, dont les lois antérieures avaient fait la distribution, celle du 7 pluviose an 9, ne les a pas détruites.

Ainsi, les commissaires de police, les maires et leurs adjoints exercent encore la plénitude de cette police pour tous les délits dont la peine n'excède pas trois jours d'emprisonnement ou une amende d'une valeur égale au prix de trois journées de travail. Ils sont aussi chargés par l'art. 4 de la loi du 7 pluviose an 9, de dénoncer les autres délits et les crimes au Magistrat de sûreté; d'en dresser procès-verbal, et même de faire saisir les prévenus surpris en flagrant délit, ou désignés par la clameur publique.

Les gardes champêtres et forestiers n'ont pas cessé d'être officiers de police judiciaire pour tous les délits qui portent atteinte aux propriétés rurales et forestières, et ils en exercent les fonctions conformément aux règles qui leur sont prescrites par le tit. 3 du liv. 1 du Code du 3 brumaire an 4.

Les juges de paix et les officiers de gendarmerie sont encore chargés par la loi du 7 pluviose an 9, de recevoir les plaintes des parties et les dénonciations officielles ou civiques, lorsqu'elles leur sont adressées; d'instruire les Magistrats de sûreté des délits et des crimes qui sont parvenus à leur connaissance; de dresser les procès-verbaux qui peuvent y être relatifs; d'entendre les témoins qui se présentent devant eux; de faire saisir les prévenus en flagrant délit ou sur la clameur publique; et même, s'il s'agit d'un crime emportant peine afflictive ou infamante, de faire traduire devant les Magistrats de sûreté, tout individu qui leur paraîtrait prévenu par des indices suffisans pour qu'il convînt de s'assurer de sa personne.

Les juges de paix n'ont ainsi conservé de leurs anciennes attributions, que ce que l'intérêt de la vindicte publique exigeait que l'on conférât à des Magistrats qui, par l'effet de leur nombre et de leur dissémination sur tout le territoire de l'empire, sont toujours près du crime et peuvent aisément en saisir les premières traces; mais ils ont été déchargés des attributions sévères de poursuite qui s'accordaient peu avec le caractère pacifique et conciliateur de leurs principales et primitives fonctions.

La loi du 7 pluviose an 9 n'a donc pleinement ôté le pouvoir de la police judiciaire qu'aux seuls directeurs du jury; et d'après ce que nous avons dit, on sent déjà combien ce changement était convenable. Les directeurs de jury avaient en effet une magistrature mixte, composée d'attributions peu cohérentes entre elles. Ils étaient officiers de police judiciaire, pour les délits qui devaient être soumis à des jurés spéciaux; ils exerçaient, pour les autres délits, une juridiction de discipline sur les officiers de cette police; et lorsqu'il leur paraissait que le juge de paix avait mal à propos refusé de décer-

Source : BIU Cujas

ner un mandat d'amener ou un mandat d'arrêt, ils le décernaient eux-mêmes : ils réglaient la compétence ; ils dressaient l'acte d'accusation ; ils formaient le tableau du jury qui devait y statuer ; ils étaient auprès de ce jury le principal agent de la justice criminelle ; en un mot, ils étaient tout à la fois les juges et les parties des prévenus.

La loi du 7 pluviose an 9, en réduisant leurs fonctions, leur a donné un caractère plus grave et plus imposant : ces fonctions se placeront d'elles-mêmes, en grande partie, dans le tableau que nous allons présenter des devoirs et des attributions des Magistrats de sûreté.

II. La règle générale établie par la loi du 7 pluviose an 9, est qu'il n'y a qu'un Magistrat de sûreté par arrondissement communal. L'art. 2 de cette loi autorise néanmoins le gouvernement, s'il juge que le besoin du service l'exige, à en porter le nombre jusqu'à douze à Paris, et jusqu'à trois à Bordeaux, Lyon et Marseille.

Les plaintes des parties, les dénonciations officielles et civiques doivent naturellement être adressées au Magistrat de sûreté.

Elles peuvent cependant être portées devant les juges de paix et les officiers de gendarmerie ; mais l'envoi doit en être fait par eux, sans délai, au Magistrat de sûreté, ainsi que des procès-verbaux qu'ils sont autorisés de dresser, des interrogatoires qu'ils ont fait subir au prévenu, et des déclarations des témoins qu'ils ont entendus. Les juges de paix et les officiers de gendarmerie ont caractère pour recueillir les premiers renseignemens que peuvent fournir les traces d'un délit qui vient d'être découvert : ils doivent en saisir les preuves périssables ou fugitives ; ils peuvent interroger le prévenu qui leur a été amené, et recevoir les déclarations des témoins qui se sont présentés devant eux. Mais ils ne peuvent faire aucun autre acte de procédure ou d'instruction que lorsqu'ils en ont été expressément chargés par le directeur du jury, dans le cas de l'art. 14 de la loi du 7 pluviose. (*V.* le n° 6 de la lettre circulaire du ministre de la justice du 29 floréal an 9.)

Les juges de paix et les officiers de gendarmerie doivent aussi faire traduire de suite, devant le Magistrat de sûreté, le prévenu qui leur été amené, ou qu'ils ont fait arrêter conformément aux dispositions des art. 4 et 5 de la loi du 7 pluviose.

III. Si le délit est de nature à devoir entraîner un mandat d'arrêt, le Magistrat de sûreté décerne contre le prévenu un mandat de dépôt, sur l'exhibition duquel il doit être reçu et gardé dans la maison d'arrêt, séparé des autres prisonniers. Le mandat de dépôt n'est qu'une mesure provisoire ; cette mesure doit donc être exécutée avec ménagement ; elle ne doit pas être inscrite sur le registre des écroués, mais sur un registre particulier pour les mandats de dépôt. (*V.* le n° 10 de la lettre circulaire ci-dessus.)

Le mandat de dépôt doit être notifié au prévenu : la loi n'en détermine pas la forme ; il suffit donc qu'il indique son objet.

Ce mandat n'est pas indispensable ; il ne doit même être décerné qu'avec circonspection contre des personnes qui ont un domicile ou une bonne renommée. Le mandat d'arrêt pourrait être lancé, sans difficulté, s'il y avait lieu, quoiqu'il n'y eût pas eu antérieurement de mandat de dépôt.

IV. On ne trouve dans la loi du 7 pluviose, aucune disposition qui attribue expressément au Magistrat de sûreté le droit de faire des informations, des visites de lieux, de dresser des procès-verbaux pour constater les corps du délit, d'interroger les prévenus ; cette loi semble n'avoir institué ces Magistrats que pour servir d'intermédiaires entre les directeurs de jurys et les juges de paix ou les officiers de gendarmerie, et pour exercer les fonctions du ministère public auprès des directeurs du jury. Mais peut être le législateur a-t-il pensé que les attributions dont nous venons de parler, étaient inhérentes à la qualité d'officier de police judiciaire, et qu'en chargeant les Magistrats de sûreté de la recherche des délits, la loi leur conférait de plein droit le pouvoir de faire tout ce qui pouvait être nécessaire pour y parvenir.

C'est en effet ainsi que cette loi a été entendue dans la pratique, et qu'elle a été expliquée par le ministre de la justice, dans sa lettre circulaire du 29 floréal an 9 : « Les substituts des procureurs généraux (dit cette circulaire n° 2), sont autorisés à faire tous les actes qui peuvent procurer la recherche et la poursuite des délits, de quelque nature que soient ces actes : ils peuvent recevoir des déclarations, faire saisir en flagrant délit, et, s'ils le jugent nécessaire, faire des visites et des perquisitions ; interroger, entendre des témoins, dresser des procès-verbaux pour constater le corps du délit..... ».

V. Le droit qu'ont les Magistrats de sûreté d'interroger le prévenu, suppose nécessairement celui de décerner contre lui un mandat d'amener, lorsqu'il n'est pas présent.

VI. Mais l'instruction de recherche que les Magistrats de sûreté peuvent ainsi faire en leur qualité d'officiers de police judiciaire, ne pourra point servir de base à la procédure criminelle ; et comme l'a dit le ministre de la justice dans la circulaire que nous venons de citer, « les actes faits par les Magistrats de sûreté, ne peuvent dispenser de l'instruction légale, que le directeur du jury a seul le droit de faire, aux termes de l'art. 11 de la loi du 7 pluviose. Ils ne doivent être considérés que comme des actes de recherche, des actes préalables tendans à provoquer et à prouver la véritable instruction légale qui a lieu devant le directeur du jury ».

Cependant si les actes faits par le Magistrat de sûreté, ne peuvent pas seuls constituer la procédure sur laquelle le directeur du jury doit rendre son

Source : BIU Cujas

ordonnance de compétence, ils ne lui sont pas étrangers. L'art. 8 de la loi du 7 pluviose autorise en effet le directeur du jury à recommencer les actes d'instruction faits par les juges de paix, les officiers de gendarmerie, les maires, les adjoints et les commissaires de police : le directeur du jury peut donc ne pas refaire ces actes ; ils ont donc un véritable caractère d'instruction ; et ce caractère légal d'instruction, pourquoi n'appartiendrait-il pas de même aux actes faits par les Magistrats de sûreté qui exercent la police judiciaire d'une manière bien plus entière et plus absolue que les juges de paix et les autres officiers de cette police ?

Du reste, qu'il nous soit permis d'observer que sous l'empire de la loi du 3 brumaire an 4, il était sans intérêt que les témoins fussent entendus dans l'instruction antérieure à l'ordonnance de compétence, avec des formes plus ou moins sévères, et par des Magistrats ayant un caractère plus ou moins indépendant. Cette audition de témoins n'avait jamais d'autre objet et d'autre effet que de servir de renseignement pour diriger l'instruction légale ; elle ne passait pas plus sous les yeux des jurés d'accusation, que sous ceux des jurés de jugement. Les jurés d'accusation entendaient personnellement les témoins ; et c'était sur les déclarations ainsi faites devant eux, et rapprochées de l'acte d'accusation et des procès-verbaux qui y doivent être annexés, qu'ils délibéraient et déterminaient leur déclaration. (Art. 238 du Code du 3 brumaire an 4.)

Mais la loi du 7 pluviose an 9 a modifié le système d'instruction orale qui était un des principes de l'institution des jurés. D'après l'art. 21 de cette loi, les jurés d'accusation n'entendent plus les témoins : leur délibération se forme sur les dépositions écrites, les interrogatoires et les autres pièces relatives à l'acte d'accusation.

Si le législateur croit donc devoir s'occuper de la révision de la procédure criminelle, et s'il conserve les principes de la loi du 7 pluviose an 9, il lui paraîtra peut être convenable de fixer des règles précises sur la compétence et les formes relatives à l'instruction qui, devant servir de base à la déclaration du jury d'accusation, doit nécessairement avoir un grand caractère d'impassibilité et d'exactitude.

VII. Quand le Magistrat de sûreté a lancé le mandat de dépôt, il en avertit, dans les vingt-quatre heures, le directeur du jury qui doit de suite prendre communication de l'affaire et procéder à son instruction dans le plus court délai. (Art. 7 de la loi du 7 pluviose.)

S'il n'y a pas eu lieu à décerner un mandat de dépôt, soit à raison de la nature de l'affaire, soit à raison de la qualité du prévenu, le Magistrat de sûreté doit mettre la même célérité à faire au directeur du jury, la remise de la plainte et des pièces relatives à la poursuite ; il doit l'en saisir dès l'instant qu'il a recueilli des renseignemens suffisans pour pouvoir mettre en activité l'instruction que doit faire le directeur du jury.

VIII. Aussitôt que cette remise est faite, le Magistrat de sûreté n'est plus, relativement à cette affaire, que partie poursuivante. — Les fonctions de la police judiciaire cessent au moment où l'action de la justice commence : le Magistrat de sûreté doit donc s'abstenir de tout acte personnel d'instruction ; c'est à lui à les requérir, mais c'est au directeur du jury à y procéder. — Cette règle qui a sa base dans la démarcation des pouvoirs, et qui a pour objet de mettre de l'ensemble et de la régularité dans la procédure criminelle, est cependant plutôt un principe dont on doit désirer l'observation, qu'une disposition expresse de loi qui dût entraîner la nullité d'une déclaration de jury auquel on aurait remis conjointement avec l'instruction faite par le directeur du jury, des actes d'instruction faits par le Magistrat de sûreté depuis le mandat de dépôt et l'envoi des pieces au directeur du jury (1).

---

(1) [[J'ai rapporté sous les mots *Commissaire de police*, un arrêt de la cour de cassation du 15 floréal an 12, qui a jugé le contraire. Mais l'opinion que professe ici M. B..., paraît avoir prévalu depuis.

Joseph Lagoutte, condamné par arrêt de la cour de justice criminelle du département d'Ille-et-Vilaine, du 17 brumaire an 14, à la peine de mort, comme coupable d'assassinat, dans la personne de Pierre Lepage, exposait, pour moyens de cassation, 1° que le 6 germinal an 13, le Magistrat de sûreté s'était transporté à l'hospice où Pierre Lepage avait reçu le coup dont il était mort ; que le trouvant encore en vie, il avait reçu sa déclaration, et en avait dressé un procès-verbal qu'il avait terminé par un réquisitoire adressé au directeur du jury pour qu'il vînt lui-même réitérer cette opération ; — 2° qu'il avait en même temps fait un autre réquisitoire contenant l'indication des témoins à entendre par le directeur du jury ; — 3° que bien que, par ces deux réquisitoires, il se fût dessaisi de l'instruction préliminaire, il l'avait néanmoins continuée le lendemain, tant en faisant une visite de l'hospice et de ses dépendances, dans laquelle il avait constaté plusieurs faits qui, dans la suite, avaient été opposés à l'accusé, qu'en faisant, dans la maison de celui-ci et dans celle d'un autre particulier, des perquisitions dont il avait dressé procès-verbal, et en recevant dans cette visite et ces perquisitions les déclarations de plusieurs témoins ; — Que de tout cela il était résulté que l'on avait mis sous les yeux du jury d'accusation et du jury de jugement, des actes faits par un officier incompétent ; et que ces actes avaient pu avoir sur les décisions de l'un et de l'autre, une influence désavouée par la loi.

Mais par arrêt du 21 frimaire an 14, au rapport de M. Barris ; — « Attendu que les différens actes faits par le Magistrat de sûreté dans la journée du 6 germinal, n'ont eu pour objet que la recherche du crime et de ses preuves, ou celle de ses auteurs ; que le directeur du jury n'avait pas encore entendu de témoins, qu'il n'avait point dressé de procès-verbal ; que les actes faits par le Magistrat de sûreté, étaient donc dans ses attributions ; qu'ils ne renferment aucun excès de pouvoir ; que d'ailleurs le directeur du jury ayant, de son côté, entendu des témoins et dressé des procès-verbaux, la procédure par lui faite a été soumise au jury d'accusation ; et que dès-lors, il n'y aurait pas nullité en ce que des actes faits sans compétence, eussent été mis sous les yeux des jurés d'accusation ou de jugement, puisque, d'un côté, ces actes eussent été des renseignemens et des pièces relatifs à l'acte d'accusation qui doivent être mis sous les yeux du jury d'accusation, d'après

Source : BIU Cujas

Mais si l'instruction faite par le Magistrat de sûreté, avait pour but de rechercher d'autres prévenus que ceux dont il a déjà saisi le directeur de jury, cette instruction, quoique portant sur les mêmes faits, n'aurait alors rien d'irrégulier : le Magistrat de sûreté n'est véritablement dépouillé de sa qualité d'officier de police judiciaire, qu'à l'égard des prévenus qu'il a signalés au directeur du jury, et contre lesquels celui-ci a été mis à même d'instruire. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, rendu au rapport de M. Aumont, le 11 juin 1807 (1).

IX. Nous avons dit que le directeur du jury est chargé par la loi, de l'instruction qui doit servir de base principale à l'ordonnance de compétence qu'il doit rendre. Il doit conséquemment entendre les témoins indiqués par le Magistrat de sûreté ou par la partie plaignante.

Le ministre de la justice, dans le n° 16 de sa circulaire du 29 floréal an 9, a émis l'opinion que le Magistrat de sûreté peut être présent à cette audition ; mais l'art. 9 de la loi du 7 pluviose ordonne qu'elle soit faite hors de la présence du prévenu : le Magistrat de sûreté n'est devant le directeur du jury, que partie poursuivante; les obligations et les droits ne doivent-ils pas être corrélatifs entre le prévenu et sa partie? La loi a craint que la présence du prévenu n'exerçât quelque influence sur la conscience du témoin ; la présence du Magistrat de sûreté ne pourrait-elle pas aussi gêner sa liberté?

X. Le prévenu ne doit pas être interrogé par le directeur du jury, avant qu'il lui ait été donné communication des charges et des dépositions.

XI. « *Tous les autres genres de preuves autorisés par la loi, doivent aussi être recueillis et constatés par le directeur du jury.* Art. 11 de la loi du 7 pluviose an 9.

» *Aucun acte de procédure et d'instruction ne doit être fait par le directeur du jury, sans avoir entendu le Magistrat de sûreté* ». Art. 12 de la même loi.

De la combinaison de ces deux articles, il suit que si le Magistrat de sûreté doit être entendu pour tous les actes de procédure et d'instruction que le directeur du jury croit convenable de faire, celui-ci n'est point lié par les réquisitions qui seraient contraires à ses ordonnances. En le chargeant de recueillir tous les genres de preuves qu'elle autorise, la loi lui donne nécessairement le droit d'agir d'après ses lumières et sa volonté. Il peut donc diriger l'instruction dans un sens contraire à l'avis du Magistrat de sûreté ; mais si sa procédure viole la loi, les tribunaux chargés de statuer sur les conflits de ces deux Magistrats, en prononceront la nullité. Nous parlerons bientôt de cette juridiction établie entre les directeurs du jury et le Magistrat de sûreté, et dont la loi du 7 pluviose a puisé le principe dans la loi du 16 septembre 1791, sur la procédure par jurés.

Mais si le directeur du jury n'est pas lié par les réquisitions du Magistrat de sûreté, il faudra dire

---

l'art. 24 de la loi du 7 pluviose ; et que, d'un autre côté, relativement au jury de jugement, l'art. 382 du Code du 3 brumaire an 4 n'est pas prescrit à peine de nullité . . . . La cour rejette . . . . »

V. l'arrêt du 10 décembre 1807, rapporté à l'article *Faux témoignage*, n. 5.]]

(1) [[Cet arrêt a encore jugé qu'il ne peut pas résulter un moyen de cassation de ce que le Magistrat de sûreté, après s'être dessaisi de l'instruction, l'a continuée à l'égard des prévenus directs, sur des faits qui ayant été reconnus indifférens, n'ont pas été portés dans l'acte d'accusation. — Dans cette espèce, Louis-Robert Lerocher, et Anne Robineau, condamnés à mort par arrêt de la cour de justice criminelle de Maine-et-Loire du 19 avril 1807, disaient que, dès le 16 septembre 1806, le directeur du jury avait été saisi de l'instruction par le renvoi que lui avait fait le Magistrat de sûreté de ses procès-verbaux et de la personne des prévenus ; que ce même jour, il les avait interrogés ; que c'était donc à lui seul, qu'à partir de ce moment, il appartenait de faire tous les actes de l'instruction. Cependant (ajoutaient-ils), on en trouve plusieurs qui sont faits postérieurement, les uns par le Magistrat de sûreté, les autres par le juge de paix. Tels sont, 1° un procès verbal dressé le 14 septembre par le Magistrat de sûreté, assisté du juge de paix de Saumur, constatant une perquisition faite chez Anne Robineau ; 2° un interrogatoire que le Magistrat de sûreté fit subir à deux témoins le 18 septembre ; 3° un procès-verbal dressé le même jour par le juge de paix, portant apposition de scellés chez Lerocher ; 4° un interrogatoire que le Magistrat de sûreté fit subir le 3 octobre, à Emilie Lefer ; 5° un interrogatoire que le même Magistrat fit subir aux filles Robineau et Callot, dans la maison d'arrêt, les 6 et 23 du même mois ». — Par l'arrêt cité, « attendu que le procès-verbal de perquisition, au domicile de la fille Robineau par le Magistrat de sûreté, accompagné du juge de paix, le 17 septembre, ne constate aucune découverte relative au fait, objet de l'accusation; — Que Joseph Thuau et Emilie Lefer ont été interrogés le 18 du même mois, par le Magistrat de sûreté, en vertu d'un mandat par lui lancé contre eux la veille 17 ; que n'étant pas au nombre des prévenus renvoyés le 16 devant le directeur du jury, rien ne s'opposait à ce que le Magistrat de sûreté leur fît subir interrogatoire le 18 ; — Que cet interrogatoire a au surplus été suivi de leur mise en liberté ; — Que le procès-verbal du juge de paix du 18 septembre présente un état des effets et de l'argent trouvés dans la demeure de Lerocher et sur lesquels les scellés ont été apposés ; — Que dans cet acte purement conservatoire, on ne voit rien qui ait un rapport même éloigné à l'objet du procès ; — Que les déclarations faites, le 3 octobre, devant le Magistrat de sûreté, par Emélie Lefer et Angélique Calot, portent sur un billet insignifiant et étranger aux prévenus ; — Que l'interrogatoire de la fille Robineau, reçu par le Magistrat de sûreté le 6 octobre, a eu pour objet de découvrir si l'action de la justice ne devait pas porter sur d'autres prévenus que ceux qui avaient déjà été envoyés devant le directeur du jury ; — Que c'est par suite d'un mandat de dépôt lancé par le Magistrat de sûreté le 23 octobre, qu'Angélique Callot a été interrogée le même jour par ce Magistrat ; — Qu'elle n'a été renvoyée que le dit jour devant le directeur du jury ; — Que conséquemment les susdits interrogatoires des filles Robineau et Angélique Calot n'ont pas été faits par le Magistrat de sûreté hors du cercle de ses attributions et de sa compétence ; — Qu'il s'ensuit de ces observations que les actes de procédure susmentionnés ont pu être mis sous les yeux du jury d'accusation, sans contravention aux dispositions de la loi du 7 pluviose an 9 ; — La cour rejette le pourvoi..... »]]

Source : BIU Cujas

aussi, pour être conséquent, que l'instruction ne peut pas être suspendue par une réquisition du Magistrat de sûreté qui se trouve contraire, sur un acte de cette instruction, à l'ordonnance du directeur du jury; et que ce n'est qu'après l'achèvement de l'instruction, lorsque le directeur a rendu l'ordonnance que prescrit l'art. 15 de la loi du 7 pluviose an 9, que le conflit peut être engagé devant les tribunaux auxquels cette loi en attribue la connaissance.

Et en effet, d'après l'art. 18, ces tribunaux doivent examiner et juger tout à la fois la compétence, les excès de pouvoir, l'application de la loi à la nature du délit, et les nullités qui pourraient avoir été commises dans l'instruction et la procédure. Ils ne peuvent donc prononcer sur les nullités, qu'après que la compétence a été réglée; On ne peut donc pas porter devant eux un conflit sur un acte d'instruction ou de procédure, avant qu'il ait été rendu une ordonnance de compétence sur les résultats d'une instruction entièrement consommée, et conformément à ce que prescrit l'art. 15. *V.* l'arrêt du 12 juillet 1806, rapporté au mot *Appel*, sect. 2, §. 2.

Mais s'il avait été fait par le directeur du jury un acte de procédure ou d'instruction, sur lequel il ne parût pas que le Magistrat de sûreté eût été entendu, cet acte serait-il nul de plein droit? On ne le croit pas. Il ne pourrait être annullé que sur la réclamation du Magistrat de sûreté, manifestée par des réquisitions données sur la communication de la procédure, conformément à l'art. 15 de la loi du 7 pluviose, et sur lesquelles le directeur du jury aurait rendu une ordonnance qui ne serait pas conforme à ces réquisitions; le conflit serait alors légalement formé, et il devrait être statué sur la violation de l'art. 12 de la loi du 7 pluviose, ainsi que sur les autres nullités de l'instruction ou de l'ordonnance de compétence.

Mais si le Magistrat de sûreté ne réclamait pas, son silence ne devrait-il pas être considéré comme une preuve qu'il a été entendu verbalement, ou du moins comme une adhésion de sa part à l'acte du directeur du jury, une approbation et une ratification de cet acte? Le Magistrat de sûreté a vu l'acte fait sans sa participation, dans l'instruction qui a dû lui être communiquée toute entière, d'après l'art. 15. Il n'en a pas réclamé: qui donc aurait le droit de s'en plaindre? L'objet de la loi du 7 pluviose est d'assurer la recherche et la preuve des délits, ainsi que la régularité de la procédure, par le concours du zèle et des lumières du directeur du jury et du Magistrat de sûreté; ces deux Magistrats sont d'accord sur l'instruction qui a été faite; sera-t-il permis de dire que cette instruction est nulle, parceque si le Magistrat de sûreté avait été entendu sur un de ces actes, il eût manifesté un avis différent de celui du directeur du jury? Mais le silence du Magistrat de sûreté dit le contraire: ne sommes-nous donc pas fondés à decider que la violation de l'art. 12 de la loi du 7 pluviose ne peut produire de nullité que lorsque le Magistrat de sûreté en a réclamé?

XII. Si le directeur du jury croit utile de se transporter hors de sa résidence pour un acte quelconque d'instruction, il devra se faire accompagner du Magistrat de sûreté (art. 13 de la loi du 7 pluviose). Ce Magistrat est le ressort impulsif de la procédure; il doit donc être à côté du directeur du jury pour requérir son action, suivant qu'il peut lui paraître convenable.

XIII. « Quand le directeur du jury trouve l'affaire suffisamment instruite, il en ordonne la communication au Magistrat de sûreté, qui est tenu, dans trois jours au plus tard, de donner ses réquisitions par écrit, ensuite desquelles le directeur du jury rend une ordonnance, par laquelle, selon les différens cas, la nature et la gravité des preuves, il met le prévenu en liberté, ou le renvoie devant le tribunal de simple police, ou devant le tribunal de police correctionnelle, ou devant le jury d'accusation (*art. 15 de la loi du 7 pluviose an 9*).

» Dans tous les cas où l'ordonnance n'est pas conforme aux réquisitions, l'affaire est soumise au tribunal de l'arrondissement (1), qui n'en juge qu'après avoir entendu le Magistrat de sûreté et

(1) [[Y a-t-il lieu de consulter le tribunal, lorsque le Magistrat de sûreté acquiesce à l'ordonnance que le directeur du jury a rendue contre ses conclusions?

Jean-François Pellegron et jean-Baptiste Vandiepenbech avaient été traduits, comme prévenus de concussion, devant le directeur du jury de l'arrondissement d'Anvers. L'instruction achevée, le Magistrat de sûreté avait conclu à ce qu'ils fussent traduits devant le jury d'accusation; mais par ordonnance du 5 pluviose an 11, le directeur du jury avait déclaré qu'il y avait lieu de les mettre en liberté; et le Magistrat de sûreté, revenant sur sa première opinion, avait par un acte du lendemain, consenti à l'exécution de cette ordonnance. Cet acte a été dénoncé à la cour de cassation; et par arrêt du 15 floréal an 11, au rapport de M. Minier, — « Vu l'art. 16 de la loi du 7 pluviose an 9; attendu que, dans l'espèce, les conclusions du substitut du commissaire du gouvernement près le tribunal criminel, et Magistrat de sûreté pour l'arrondissement d'Anvers, tendaient à ce que les prévenus fussent traduits au tribunal criminel, tandis qu'au contraire l'ordonnance du cit. Fradin, directeur du jury pour le même arrondissement, ordonnait la mise en liberté desdits prévenus; d'où il résultait que la matière était disposée à l'application de l'art. 16 de la loi du 7 pluviose, ci-dessus cité; que le conflit prévu par cet article, était établi, et qu'il n'était plus au pouvoir du Magistrat de sûreté de revenir sur son réquisitoire, et d'acquiescer à l'ordonnance en le faisant mettre à exécution; qu'il devait, au contraire, prendre les mesures nécessaires pour faire juger ce conflit par le tribunal de l'arrondissement, en la forme prescrite par ledit art. 16; et qu'en suivant une marche contraire, il a tout à la fois violé l'art 16 ci-dessus cité, et commis un excès de pouvoir qui doit être réprimé, et qui doit faire annuller l'acte de mise en liberté; — Par ces motifs, le tribunal casse et annulle l'acte de mise en liberté des prévenus Jean-François Pellegron et Jean-Baptiste Vandiepenbech, fait à la requête du Magistrat de sûreté, le 6 pluviose dernier; et, pour être fait droit sur le conflit résultant de la différence qui existe entre la réquisition du Magistrat de sûreté de l'arrondissement d'Anvers, et l'ordonnance du directeur du jury du même arrondissement, renvoie les prévenus et les pièces du procès devant le tribunal d'arrondissement d'Anvers ».

Cet arrêt est bien sévère, peut-être même trop pointil-

Source : BIU Cujas

le directeur du jury, lequel ne peut prendre part à cette décision. (*Art.* 16.)

» Dans les vingt-quatre heures qui suivent ce jugement, le Magistrat de sûreté peut, s'il le juge convenable, l'envoyer avec les pièces au procureur général près la cour de justice criminelle, et cependant le jugement s'exécute par provision, s'il porte la mise en liberté du prévenu. (*Art.* 17.)

» Si le procureur général est de l'avis du jugement, il le renvoie, sans délai, au Magistrat de sûreté, pour le mettre définitivement à exécution. Dans le cas contraire, il en réfère à la cour de justice criminelle, qui peut réformer le jugement, non seulement à raison de la compétence, de tout excès de pouvoir, ou pour fausse application de la loi à la nature du délit, mais encore à raison des nullités qui pourraient avoir été commises dans l'instruction et la procédure. Ce jugement, ainsi que celui de première instance, sont rendus à la chambre du conseil. (*Art.* 18.)

» Le procureur général peut se pourvoir en cassation contre ce jugement de la cour de justice criminelle, mais seulement à raison de la compétence, pour excès de pouvoir, et pour fausse application de la loi à la nature du délit ». (*Art.* 19.)

Ces articles expliquent suffisamment comment est jugé le conflit qui peut survenir entre le directeur du jury et le Magistrat de sûreté; ils n'ont besoin à cet égard d'aucun commentaire.

Mais si le directeur du jury rendait une ordonnance de mise en liberté contre un prévenu frappé d'un mandat de dépôt, avant d'avoir fait l'instruction que lui prescrivent les art. 8, 9, 10 et 11 de la loi du 7 pluviose an 9, ou sur une instruction dont il n'aurait point ordonné la communication au Magistrat de sûreté, conformément à l'art. 15 de cette loi, et conséquemment sans avoir entendu le Magistrat de sûreté, cette ordonnance serait-elle nulle, et devant quel tribunal le Magistrat de sûreté pourrait-il en réclamer ?

Il n'y a point de doute que cette ordonnance ne fût entachée d'une nullité radicale; une ordonnance de mise en liberté fait partie des attributions qui sont données au directeur du jury par l'art. 15 de la loi du 7 pluviose; et d'après cet article, aucune de ces attributions ne peut être exercée par le directeur du jury, qu'après que l'instruction est achevée, et que le Magistrat de sûreté a donné ses réquisitions par écrit, sur la communication qui a dû lui être faite de cette instruction.

Mais la nullité de cette ordonnance ne pourrait pas être poursuivie conformément aux art. 16 et suivans de la loi du 7 pluviose. Ces articles ne s'appliquent en effet qu'aux cas d'un conflit formé par une ordonnance contraire à des réquisitions; et dans l'hypothèse, il n'y a pas eu et il n'a pas pu y avoir de réquisitions.

Ce serait donc devant la cour de cassation que le Magistrat de sûreté devrait se pourvoir: cette cour a, en effet, plusieurs fois admis des *pourvois* de ce genre, notamment le 24 avril 1807, au rapport de M. Vasse, et le 8 mai de la même année, au rapport de M. Seignette (1).

---

leux. Aussi la cour de cassation s'en est-elle écartée depuis. — Les créanciers du nommé Billeheux rendent contre lui une plainte en banqueroute frauduleuse: le directeur du jury du département de la Seine instruit sur cette plainte; et l'instruction achevée, le Magistrat de sûreté donne, le 9 avril 1806, un réquisitoire tendant à ce que Billeheux soit traduit devant le tribunal correctionnel comme prévenu d'escroquerie. Le 18 du même mois, le directeur du jury ordonne au contraire que Billeheux sera, comme prévenu de banqueroute frauduleuse, traduit devant un jury spécial d'accusation. Cette ordonnance est remise au Magistrat de sûreté, qui, après avoir écrit en marge, le 23 du même mois, ces termes *bon à exécuter*, dresse un acte d'accusation par suite duquel Billeheux est condamné par arrêt du 31 juillet de la même année, à la peine de six années de fers. Billeheux se pourvoit en cassation, et emploie, pour premier moyen, la contravention qu'il prétend avoir été faite à l'art. 16 de la loi du 7 pluviose an 9. — « Il y a eu division (dit-il) entre le Magistrat de sûreté et le directeur du jury: il fallait donc, aux termes de la loi, en référer au tribunal civil de première instance, pour fixer la compétence..... A la vérité, on trouve en marge de l'ordonnance du directeur du jury, ces trois mots écrits de la main de M. Riou (Magistrat de sûreté) : *bon à exécuter*, signé *Riou*: ce qui semblerait annoncer que M. Riou s'est rendu à l'opinion du directeur du jury. Mais ces mots, *bon à exécuter*, ne sont point un réquisitoire; le réquisitoire du 9 avril subsiste toujours, il n'y en a pas d'autre, et il est en contradiction avec l'ordonnance. On ne conçoit pas d'ailleurs cette sanction, cette approbation donnée à l'ordonnance du jury par le Magistrat de sûreté: le réquisitoire prépare l'ordonnance, il en est le préalable, il ne la suit jamais » — Les créanciers répondent : — « L'art. 15 de la loi du 7 pluviose an 9 ne dit pas si c'est avant ou après l'ordonnance de compétence, que le Magistrat de sûreté doit être d'accord avec le directeur du jury. La loi veut seulement que le Magistrat de sûreté donne ses réquisitions par écrit; elle veut aussi que si les conclusions ne sont pas concordantes avec celles du directeur du jury, l'affaire soit renvoyée au tribunal de l'arrondissement. Or, dans l'espèce, les réquisitions du Magistrat de sûreté, et le *bon à exécuter* écrit de sa main en marge de l'ordonnance, prouvent jusques à l'évidence qu'ils se sont trouvés d'accord. Dès-lors, le vœu de la loi a été suffisamment rempli..... Le référé au tribunal a lieu dans le seul cas où les réquisitions de la partie publique ne sont pas suivies, ou lorsque la vindicte publique croit avoir à réclamer. Or, dans l'espèce, le contraire est démontré par l'adhésion du Magistrat de sûreté; ce moyen doit donc être écarté ». — Par arrêt du 9 octobre 1806, au rapport de M. Vergès, « considérant que le Magistrat de sûreté a adhéré à l'ordonnance de compétence rendue par le directeur du jury; qu'il n'y avait pas lieu par conséquent, dès qu'il n'existait pas de division entre ces deux Magistrats, à référer au tribunal civil; la cour rejette le pourvoi..... »]]

(1) [[Ce dernier arrêt a été rendu dans une espèce remarquable, et il a encore décidé une autre question fort importante, celle de savoir s'il appartient au directeur du jury de désigner un huissier pour mettre son ordonnance à exécution.

Dans le fait, l'un des Magistrats de sûreté de l'arrondissement de Paris (*V.* ci-après, n. 27), avait commencé une procédure contre le sieur Perchette, et l'avait transmise au directeur du jury, en déclarant mettre le prévenu à sa disposition. — Le 13 mars 1807, le directeur du jury rend, sur cette procédure, une ordonnance ainsi conçue: « soit communiqué au substitut du procureur général impérial; et cependant, attendu que Gabriel Perchette est domicilié à Paris, qu'il y a un établissement, qu'il est père de famille, que plusieurs personnes de la section où

Source : BIU Cujas

Mais au contraire, si le directeur du jury, se conformant à la loi, avait entendu le Magistrat de sûreté, avant de rendre son ordonnance de liberté provisoire, le dissentiment de ces deux Magistrats ne pourrait être porté directement à la cour de cassation : il constituerait le conflit qui est l'objet des dispositions des art. 16 et suivans de la loi du 7 pluviose, et il devrait être jugé conformément à ces articles. C'est ce qui a été décidé notamment par un arrêt de la cour de cassation, rendu le 31 juillet 1807, au rapport de M. Vergès.

XIV. S'il s'agissait d'une ordonnance de mise en liberté provisoire sous caution, cette ordonnance pourrait sans doute être rendue avant l'achèvement de l'instruction; mais elle ne pourrait être considérée que comme un acte de procédure, et elle devrait être conséquemment précédée des conclusions du Magistrat de sûreté (art. 12 de la loi du 7 pluviose). Si ce Magistrat n'avait pas été entendu sur cette ordonnance, et s'il en réclamait devant la cour de cassation, la nullité en serait prononcée. Témoin, entre autres, l'arrêt rendu le 17 pluviose an 10, au rapport de M. Vallée.

Il en serait de même d'une ordonnance que rendrait le directeur du jury, pour déclarer la prescription d'un délit; elle ne pourrait être valablement rendue que sur les conclusions du Magistrat de sûreté; l'opposition de cette ordonnance aux conclusions du Magistrat de sûreté, formerait le conflit prévu par les art. 16 et suivans de la loi du 7 pluviose. Mais si cette ordonnance était rendue avant la fin de l'instruction et sans que le Magistrat de sûreté eût été entendu, ce Magistrat serait bien fondé à l'attaquer par la voie de la cassation.

Ces différentes décisions découlent naturellement de la loi du 7 pluviose; elles sont aussi la conséquence nécessaire de l'objet et de l'esprit de cette loi. Elle a eu en effet en vue, non seulement d'activer la procédure criminelle, mais encore d'assurer la poursuite des crimes, et de donner à la société une garantie contre l'indulgence ou la facilité des directeurs de jurys, auxquels elle confiait le droit de prononcer sur la nature des délits, de soumettre un prévenu à des poursuites, ou de le soustraire à l'action de la justice. A côté d'elle, elle a donc placé les Magistrats de sûreté, comme les sentinelles et les défenseurs de la vindicte publique : quand le directeur du jury et le Magistrat de sûreté sont d'accord, la loi respecte leur unanimité, et la justice criminelle s'arrête ou prend la direction qu'ils lui ont tracée. S'ils sont d'une opinion différente, la loi hésite, et elle soumet le dissentiment aux tribunaux; mais il lui faut toujours pour gage de sécurité, ou l'accord de ces deux Magistrats, ou un jugement sur leur conflit.

XV. Le Magistrat de sûreté peut se pourvoir devant la cour de justice criminelle, ainsi qu'on l'a vu, contre le jugement du tribunal de première instance, qui a prononcé sur le dissentiment existant entre lui et le directeur du jury; mais le procureur général, qui est l'agent supérieur de l'action publique, peut à son gré donner suite à son appel, ou adhérer au jugement (art. 18 de la loi du 7 pluviose).

Cette faculté d'appel n'est pas réciproque entre le Magistrat de sûreté et le directeur du jury; la loi ne la donne pas à celui-ci; elle est, en effet, un droit de l'action publique, et le directeur du jury ne participe pas à cette action. (*V.* le n° 27 de la circulaire du 29 floréal an 9.)

XVI. L'accord du directeur du jury et du Magistrat de sûreté sur la compétence qui naît d'un délit, ne peut jamais, du reste, lier la juridiction qu'a saisie l'ordonnance de traduction du directeur du jury. Les tribunaux devant lesquels l'affaire peut être successivement portée, n'en ont pas moins le droit de juger leur compétence; ce droit est dans leur qualité de juges; l'ordonnance de traduction n'est d'ailleurs qu'indicative, et non point constitutive de juridiction. *V.* ce que nous avons dit sur ce sujet, aux mots *Délit*, §. 4; et *Directeur de jury*, n. 5.

XVII. Mais quels seront les droits de la partie plaignante, soit dans le cas de l'accord du directeur du jury et du Magistrat de sûreté, soit dans la poursuite des jugemens auxquels pourra donner lieu leur dissentiment? *V.* l'arrêt du 13 juin 1806, rapporté à l'article *Cassation*, §. 4, n. 4.

Et ajoutez-y ce que contient sur cette question l'article *Délit*, §. 4 et 5.

---

il demeure, viennent de nous attester sa moralité; qu'il ne peut être prévenu que d'un délit simple et de police correctionnelle: que d'ailleurs il n'est justifié d'aucun mandat de dépôt; et qu'en outre, il a été mis à notre disposition; disons que ledit Perchette sera mis en liberté s'il n'est détenu dans la maison d'arrêt de la force pour autres causes légales; chargeons le sieur Aubry, huissier, de l'exécution de notre présente ordonnance ». — A la vue de cette ordonnance, celui des deux Magistrats de sûreté placés près le directeur du jury, à qui elle est remise, fait défenses à l'huissier Aubry de l'exécuter, et se pourvoit en cassation. — Par l'arrêt cité, « — Vu les art. 12, 15 et 22 de la loi du 7 pluviose an 9; et attendu, 1° que le directeur du jury de la Seine, après avoir interrogé Perchette, et en ordonnant, ensuite, la communication de l'interrogatoire au substitut du procureur général impérial, a cependant, et sans attendre les conclusions du substitut, et par le même acte, ordonné que Perchette serait sur-le-champ mis en liberté, s'il n'était détenu pour autres causes; qu'aucun motif ne peut justifier la précipitation de cette ordonnance de mise en liberté, laquelle ordonnance, d'après l'art. 12, et plus particulièrement encore d'après l'art. 15 de la loi du 7 pluviose an 9, ci-dessus citée, ne pouvait être rendue que sur les conclusions du substitut; et qui même, en cas de dissentiment entre le directeur du jury et le substitut, devait être soumise au tribunal d'arrondissement, d'après l'art. 16 de la même loi; attendu, 2° que le directeur du jury de la Seine, par l'ordonnance dont il s'agit, charge un huissier de l'exécution de cette même ordonnance, ce qui est contraire aux dispositions de l'art. 22 ci-dessus cité, d'après lequel l'exécution des ordonnances du directeur du jury est à la charge du substitut; la cour casse et annulle..... »]]

Source : BIU Cujas

XVIII. Il convient d'observer que l'ordonnance par laquelle le directeur du jury met le prévenu en liberté, soit qu'elle ait été rendue conformément aux réquisitions du Magistrat de sûreté, soit que dans le dissentiment de ces deux Magistrats, elle ait été maintenue par le jugement du conflit, ne produit point un acquittement absolu et définitif. Elle n'a d'autre effet que celui d'un acquittement relatif et provisoire; c'est-à-dire qu'il en résulte seulement que dans l'état de l'instruction, il n'y a pas lieu à poursuites ultérieures. Mais s'il survient de nouvelles charges, de nouveaux indices, cette ordonnance ne sera point un obstacle à ce que le prévenu ne soit encore privé de sa liberté et soumis à une nouvelle instruction. La maxime *non bis in idem* ne peut jamais trouver d'application qu'au cas d'un jugement dont il ne peut être appelé, ou à celui d'une ordonnance d'acquittement rendue sur une déclaration de jury de jugement. Une ordonnance du directeur de jury portant acquittement ou mise en liberté, a donc beaucoup de rapports avec une déclaration négative d'un jury d'accusation; il suit de l'une, que le prévenu ne peut pas être poursuivi d'après l'état de l'instruction; et de l'autre, qu'il ne peut pas être mis en accusation sur les charges produites contre lui; mais de nouvelles preuves font cesser l'effet de l'une et de l'autre. — Ce principe est expressément rappelé dans un arrêt rendu par la cour de cassation, le 14 mars 1807, au rapport de M. Carnot, dans l'affaire de Legrand, contre Ignard et Lemoine: « attendu (y est-il dit), que si la cour spéciale de la Seine a méconnu les principes de la matière, en préjugeant que l'ordonnance du directeur du jury, du 28 août 1806, qui avait décidé qu'il n'y avait lieu à suivre relativement au faux du blanc seing, formait un obstacle, à ce que ce faux fût poursuivi devant elle, puisque, en règle générale et dans la justice criminelle ordinaire, les ordonnances des directeurs du jury portant *qu'il n'y a lieu à suivre*, quoique conformes aux réquisitions du Magistrat de sûreté, ne peuvent produire qu'un acquittement provisoire, et relatif à l'état actuel des charges; et qu'en juridiction spéciale et pour les délits attribués à cette juridiction, les directeurs du jury n'ayant reçu de la loi ni caractère ni fonctions pour leur poursuite et leur répression, les ordonnances qu'ils peuvent rendre relativement à ces délits, n'ont aucun caractère légal et ne sauraient suspendre, arrêter ni diriger l'action des cours de justice criminelle spéciale; — Il résulte néanmoins de l'instruction faite devant la cour de justice criminelle spéciale du département de la Seine, que le faux imputé au blanc seing, et l'accusation formée contre la femme Legrand et Ignard, n'étaient point appuyés d'indices qui pussent faire un devoir à la cour de justice criminelle spéciale du département de la Seine, de se déclarer compétente à l'égard de ce faux; — Que son arrêt du 23 décembre dernier, par lequel elle s'est déclarée incompétente, n'est donc point rendu en contravention à la loi; — La cour ordonne que ledit arrêt sera exécuté suivant sa forme et teneur. »

XIX. Lorsque le prévenu est traduit devant un jury d'accusation, le Magistrat de sûreté exerce devant ce jury, la plénitude de l'action publique; il excite, il poursuit et il accuse. — C'est l'art. 20 de la loi du 7 pluviose, qui le charge de dresser l'acte d'accusation. Les règles de cet acte lui sont tracées par l'art. 229 du Code du 3 brumaire an 4. Sans doute qu'en sa qualité d'accusateur public, il peut mettre dans sa rédaction plus de chaleur que n'étaient autorisés de faire autrefois les directeurs de jury, à qui il n'était permis que de parler le langage froid et impassible de la loi; le Magistrat de sûreté ne doit pas oublier cependant que nul n'est réputé coupable avant qu'il ait été légalement condamné; que la poursuite ne constitue pas même la présomption légale de culpabilité; que cette présomption n'est établie que par une déclaration affirmative du jury d'accusation. Il ne doit donc pas affirmer dans son acte d'accusation, que celui qu'il accuse, est coupable; il peut énoncer sa conviction personnelle; mais il ne doit pas paraître vouloir commander à la conviction des jurés: il peut donner aux preuves de son accusation toute la force nécessaire pour les faire ressortir; mais il ne doit pas flétrir le prévenu par des dénominations qui n'appartiennent qu'au crime reconnu par un jugement. Il doit développer les circonstances qui sont à sa charge, mais il doit présenter avec la même exactitude, tout ce qui peut faire présumer son innocence. Si le Magistrat de sûreté est accusateur public, c'est au nom de la loi qu'il accuse: il doit donc être, comme elle, sans passion, sans prévention; il doit être sévère et inflexible contre le crime, sans cesser d'être juste et humain vis-à-vis de ceux qui en sont prévenus.

XX. Le Magistrat de sûreté doit être présent à la formation du tableau du jury d'accusation. Le procureur impérial près le tribunal de première instance n'a plus de fonctions qu'auprès de ce tribunal; le Magistrat de sûreté le remplace de droit dans toutes celles que le Code du 3 brumaire an 4, lui avait attribuées auprès du directeur de jury. *V.* l'arrêt rendu le 13 février 1806, par la cour de cassation, au rapport de M. Babille (1).

Il doit de même assister à la lecture et à la re-

(1) [[Dans l'espèce de cet arrêt, Louise Lecourt et Catherine Simonet, condamnées à huit années de réclusion par la cour de justice criminelle du département de Seine-et-Oise, exposaient, pour premier moyen de cassation, que le tirage au sort du jury d'accusation avait été fait en présence du Magistrat de sûreté, tandis que, suivant elles, il eût dû l'être en présence du procureur impérial. Mais par l'arrêt cité, « considérant, sur le premier moyen, que la loi du 7 pluviose an 9, en instituant les Magistrats de sûreté, a abrogé la disposition de l'art. 492 du Code des délits et des peines, et les a investis, comme l'était le commissaire du gouvernement établi près le directeur du jury, du droit d'assister au tirage du jury d'accusation..... ...; la cour rejette....]]

Source : BIU Cujas

mise que le directeur du jury doit faire au jury d'accusation, conformément à l'art. 20 de la loi du 7 pluviose, de l'acte d'accusation et de toutes les pièces qui y sont relatives.

Il doit être entendu lors du jugement que l'art. 494 du Code du 3 brumaire an 4 charge le directeur du jury de rendre sur la valeur des excuses proposées par les jurés d'accusation, qui ne se sont pas rendus sur la convocation qui leur a été adressée.

XXI. « Tous envois, notification et exécution exigés par la loi, des ordonnances rendues par le directeur du jury, sont à la charge du Magistrat de sûreté ». (*Art. 22 de la loi du 7 pluviose an 9*).

C'est donc ce Magistrat qui doit faire mettre à exécution l'ordonnance de prise de corps que rend le directeur du jury, sur la déclaration affirmative du jury d'accusation, et faire transférer l'accusé, de la maison d'arrêt à la maison de justice.

L'ordonnance de prise de corps étant un acte commandé par la loi, elle ne rentre pas dans l'application de l'art. 12 de la loi du 9 pluviose; et elle peut être rendue par le directeur du jury sans que le Magistrat de sûreté ait été préalablement entendu. La cour de cassation l'a ainsi jugé par un arrêt rendu au rapport de M. Babille, le 29 novembre 1806, sur le *pourvoi* de Bulard et Bachy; par un autre rendu le 28 août 1807, au rapport de M. Minier, sur le *pourvoi* de Blazot; et par un troisième, du 19 décembre 1807, au rapport de M. Busschop, sur le *pourvoi* de Bartouillon.

XXII. Lorsque l'accusé a été transféré à la maison de justice, il n'est plus sous la main du Magistrat de sûreté. Ce Magistrat est sans caractère auprès de la cour de justice criminelle. Le procureur général remplit auprès de cette cour, toutes les fonctions de partie poursuivante et de partie récusatrice; ce n'est même que par une délégation légale que le Magistrat de sûreté exerce ces fonctions auprès du directeur du jury. Elles appartiennent essentiellement au ministère du procureur général; et c'est parceque ce Magistrat n'avait pas pu, loin de son domicile, en remplir les nombreux devoirs, qu'elles ont été confiées à des Magistrats inférieurs qui les exercent en qualité de ses substituts.

XXIII. Le ministre de la justice a dit, dans le n° 15 de sa circulaire du 29 floréal an 9, que le visa que le directeur du jury doit apposer à la citation d'une partie plaignante, pour qu'elle puisse saisir directement le tribunal correctionnel, conformément aux art. 180, 181 et 182 du Code du 3 brumaire, est un des actes de procédure qui sont l'objet de l'art. 12 de la loi du 7 pluviose, et qu'en conséquence ce visa ne peut pas être valablement donné par le directeur du jury sans que le Magistrat de sûreté ait été préalablement entendu.

Nous nous soumettons avec plaisir à cette décision, parcequ'elle est sage, et qu'elle ne peut avoir que des conséquences utiles: le directeur du jury n'est donc plus, relativement à une partie civile qui veut exercer une poursuite correctionnelle, le régulateur absolu de la compétence pour l'introduction de l'action: la nécessité du concours du Magistrat de sûreté est en faveur des parties *plaignantes*, une garantie tranquillisante contre l'arbitraire ou l'erreur; si ces deux Magistrats sont l'un et l'autre d'avis, que les faits de la plainte n'appartiennent pas à la juridiction correctionnelle, leur accord justifiera suffisamment le refus du visa; s'ils sont contraires dans leur opinion, le conflict sera jugé d'après les dispositions des art. 16, 17 et 18 de la loi du 7 pluviose. Et dans toutes les hypothèses, les parties plaignantes auront la certitude qu'il aura été statué sur la compétence relative aux faits de leurs plaintes, sans légèreté et sans partialité.

XXIV. En cas d'empêchement du Magistrat de sûreté dans les lieux où il n'y en a qu'un, il est remplacé dans l'exercice de ses fonctions par le procureur impérial près le tribunal de première instance, ou par son substitut. (*Art. 25 de la loi du 7 pluviose*).

Mais les Magistrats de sûreté n'ont pas réciproquement le droit de remplacer les procureurs impériaux; ils n'ont de caractère qu'auprès du directeur du jury; ils n'en ont pas auprès du tribunal; ils ne peuvent donc pas y remplir les fonctions du ministère public, même dans les affaires correctionnelles; ils y sont entendus dans le cas de leur conflit avec les directeurs du jury, mais c'est alors, en quelque sorte, comme parties. Il ne peut pas leur appartenir non plus, par la même raison, de mettre à exécution les jugemens rendus par le tribunal; c'est essentiellement l'attribution du procureur impérial (1).

[[(1) La cour de justice criminelle du département de la Corrèze avait, par arrêt du 3 termidor an 9, déclaré nul un jugement rendu par le tribunal correctionnel d'Alby, sur le fondement que les conclusions avaient été données à l'audience par le commissaire du gouvernement (aujourd'hui procureur impérial), tandis que, suivant cette cour, elles auraient dû être données par le Magistrat de sûreté. Mais le ministère public s'est pourvu en cassation; et par arrêt du 26 fructidor suivant, au rapport de M. Bauchau, — « Vu les art. 186 et 456 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4; et attendu que l'art. 186 précité ne donne qu'aux commissaires du gouvernement le pouvoir de conclure devant les tribunaux correctionnels; attendu que les fonctions attribuées par la loi du 7 pluviose an 9, aux substituts des commissaires du gouvernement près les tribunaux criminels, exerçant près les tribunaux de première instance, sont uniquement relatives à l'exercice de la police judiciaire définie en l'art. 20 du Code des délits et des peines; que l'exercice de cette police ne comprend pas les fonctions que remplit le commissaire du gouvernement près le tribunal de première instance jugeant en police correctionnelle, et qu'ainsi, en remplissant ces fonctions, lesdits substituts usurperaient un pouvoir qui est attribué par la loi à d'autres fonctionnaires; attendu que dans le jugement rendu, le 3 thermidor dernier, par le tribunal criminel du département du Tarn, contre Jean Pezen et Jean-Louis Laporte, il y a contravention aux règles de compétence établies par la loi pour l'exercice des fonctions relatives à la procédure criminelle, et qu'il y a

Source : BIU Cujas

XXV. Les Magistrats de sûrcté sont soumis, par la nature de leurs fonctions, à la juridiction de discipline que l'art. 284 du Code du 3 brumaire an 4 confère aux procureurs généraux sur tous les officiers de police judiciaire de leurs arrondissemens respectifs.

---

fausse application des art. 1, 12 et 23 de la loi du 7 pluviose an 9, en ce qu'il ôte au commissaire du gouvernement près le tribunal de première instance et qu'il attribue au substitut du commissaire du gouvernement près le tribunal criminel, exerçant près le tribunal de première instance, le droit de conclure devant ce dernier tribunal; par ces motifs le tribunal casse et annulle le jugement rendu, le 3 thermidor dernier, par le tribunal criminel du département du Tarn ».

Dans une affaire soumise au tribunal correctionnel de Tulle, le Magistrat de sûreté avait porté la parole à l'audience; et il était intervenu, sur ses conclusions, un jugement que la cour de justice criminelle du département de la Corrèze avait confirmé le 14 thermidor an 9. Mais Joseph-Nicolas Guyot contre lequel ce jugement avait été rendu, s'étant pourvu en cassation, arrêt est intervenu, le 26 fructidor de la même année, au rapport de M. Busschop, qui, — « Vu les art. 186 et 456 du Code des délits et des peines; considérant que les fonctions attribuées par la loi du 7 pluviose an 9, aux substituts des commissaires du gouvernement près les tribunaux criminels, sont uniquement relatives à l'exercice de la police judiciaire; que l'exercice de cette police ne comprend pas les fonctions que doit remplir le commissaire du gouvernement près le tribunal de première instance jugeant en matière de police correctionnelle; et qu'ainsi, en remplissant ces fonctions, lesdits substituts usurpent nécessairement un pouvoir qui est attribué par la loi à d'autres fonctionnaires; que, dans l'espèce, lors de l'instruction et du jugement de l'affaire devant le tribunal de première instance de l'arrondissement de Tulle, jugeant correctionnellement, le substitut du commissaire du gouvernement près ledit tribunal criminel s'est immiscé dans les fonctions du commissaire du gouvernement près ledit tribunal de première instance, en prenant des conclusions conformément au prescrit de l'art. 186 du Code des délits et des peines, et qu'ainsi il y a eu de sa part usurpation de pouvoir; que, dans ces circonstances, le tribunal criminel du département de la Corrèze aurait dû annuller ledit jugement de première instance, et qu'ayant omis de prononcer cette nullité, il y a lieu de casser le jugement dudit tribunal criminel, conformément aux dispositions de l'art. 456 du susdit Code; par ces motifs, le tribunal faisant droit sur le pourvoi de Joseph-Nicolas Guyot, casse et annulle le jugement rendu par le tribunal criminel du département de la Corrèze, le 14 thermidor dernier ».

Le lendemain, 27 fructidor an 9, il a été rendu, au rapport de M. Bauchau, un arrêt qui, par les mêmes motifs, en a cassé un de la cour de justice criminelle du département de la Seine Inférieure du 7 messidor précédent, confirmatif d'un jugement du tribunal correctionnel du Havre, lors duquel le Magistrat de sûreté avait donné des conclusions à l'audience.

Le 8 pluviose an 10, arrêt semblable, au rapport de M. Carnot, sur la demande de George Osselin, en cassation d'un arrêt de la cour de justice criminelle du département du Haut-Rhin, du 26 brumaire précédent, confirmatif d'un jugement rendu par le tribunal correctionnel de Befort, sur les conclusions du Magistrat de sûreté.

On sent bien, d'après cela, qu'il n'est pas au pouvoir du Magistrat de sûreté d'appeler d'un jugement rendu par le tribunal correctionnel sur une affaire qui y a été portée d'après ses poursuites. La cour de justice criminelle du département de l'Allier avait cependant décidé le contraire le 13 brumaire an 10. Mais son arrêt a été cassé en ces termes, le 27 nivose de la même année, au rapport de M. Liger-Verdigny: — « Vu l'art. 193 et le §. 6 de l'art. 456 du Code des délits et des peines; considérant que les fonctions attribuées par la loi du 7 pluviose an 9, aux substituts des commissaires du gouvernement près les tribunaux criminels, sont uniquement relatives à la police judiciaire; que l'exercice de cette police ne comprend pas les fonctions que doit remplir le commissaire du gouvernement près le tribunal de première instance, jugeant en matière de police correctionnelle; qu'il résulte de l'art. 193 précité, que la faculté d'appeler d'un jugement rendu par le tribunal de première instance, en matière de police correctionnelle, appartient seulement au commissaire du gouvernement près le tribunal de première instance, et non au commissaire du gouvernement près le tribunal criminel; que, dans l'espèce, le substitut du commissaire du gouvernement près le tribunal criminel du département de l'Allier s'est immiscé dans les fonctions attribuées au commissaire du gouvernement près le tribunal de première instance de Mont-Lugon, jugeant correctionnellement, en interjetant appel du jugement rendu par ce tribunal le 18 fructidor dernier, et qu'ainsi il y a eu de sa part usurpation de pouvoir; que dans ces circonstances, le tribunal criminel du département de l'Allier aurait dû annuller l'appel interjeté par le substitut du commissaire du gouvernement près ce tribunal; et qu'ayant omis de prononcer cette nullité, il y a lieu, d'office et pour l'intérêt de la loi, de casser le jugement dudit tribunal criminel, conformément aux dispositions de l'art. 456 précité du Code des délits et des peines; par ces motifs, le tribunal casse et annulle le jugement rendu par le tribunal criminel du département de l'Allier, le 13 brumaire dernier ».

Par la même raison, ce n'est pas à la requête du Magistrat de sûreté, mais à celle du procureur impérial, que les prévenus et les témoins doivent être cités à l'audience du tribunal correctionnel, en exécution de l'ordonnance du directeur du jury qui y renvoie l'affaire. La cour de cassation l'a ainsi jugé par un arrêt du 5 ventose an 11, conçu en ces termes:

« Le commissaire du gouvernement près le tribunal de cassation expose qu'il ne peut se dispenser, d'après l'art. 88 de la loi du 27 ventose an 8, de déférer à la censure du tribunal suprême un jugement rendu le 29 frimaire dernier, par le tribunal criminel du département des Deux-Sèvres.

» Sur une procédure instruite par le directeur du jury de l'arrondissement de Melle, contre François Quincartet, fils, prévenu d'excès et de mauvais traitemens exercés sur la personne de Marie-Thérèse Roche, agée de douze ans, il était intervenu, le 22 brumaire dernier, un jugement correctionnel du tribunal de première instance de cet arrondissement, qui condamnait ce particulier à trois ans d'emprisonnement, à une amende de trente francs, à trois cens francs de dommages-intérêts et aux dépens.

» Mais François Quincartet ayant interjeté appel de cette condamnation, le tribunal criminel du département des Deux-Sèvres a, par le jugement, dont il s'agit, déclaré la procédure nulle, à partir de l'ordonnance du directeur du jury, portant renvoi de l'affaire au tribunal correctionnel.

» Pour prononcer ainsi, il s'est fondé sur l'art. 22 de la loi du 7 pluviose an 9, ainsi conçu: *Tout envoi, notification et exécution exigés par la loi des ordonnances rendues par le directeur du jury, sont à la charge du substitut du commissaire près le tribunal criminel*, et en appliquant cet article à la procédure qu'il avait sous les yeux, il a dit — « que les fonctions du substitut sont absolument distinctes de celles du commissaire du gouvernement près le tribunal civil; que le substitut poursuit les délits et assiste à toute l'instruction jusqu'à la traduction du prévenu, soit devant le tribunal criminel, soit devant le tribunal correctionnel; que tout envoi, notification et exécution exigées par la loi, des ordonnances rendues par le directeur du jury, sont à sa charge; et que ce n'est qu'à l'audience correctionnelle que commencent les fonctions du commissaire civil; que l'ordonnance de renvoi au tribunal correc-

Source : BIU Cujas

XXVI. Les Magistrats de sûreté jouissent du même traitement que les procureurs impériaux ; ils sont, comme eux, nommés par l'Empereur et révocables à sa volonté. *Art.* 23 *et* 24 *de la loi du* 7 *pluviose.*

XXVII. Nous avons dit que la loi qui a institué les Magistrats de sûreté, avait autorisé le gouvernement à en porter le nombre, pour Paris, jusqu'à douze. Cependant il n'en a été créé que huit dans cette ville. L'arrêté du 12 ventose an 9 y a formé des arrondissemens pour six d'entre eux, et il a ordonné que « les deux autres feraient particulièrement leur service auprès du directeur du jury, pour la rédaction des actes d'accusation, ainsi que pour l'envoi, la notification et l'exécution des ordonnances de ces Magistrats, à compter de l'acte d'accusation ».

V. Directeur du jury, Officier de police judiciaire, Faux témoignage, n. 6 ; *Jurés, Mandat de dépôt, Mandat d'arrêt, Ministère public, Prise à partie*, etc.]] *

---

tionnel est le dernier acte du directeur du jury, excepté le cas de caution ; que le substitut doit traduire le prévenu immédiatement après cette ordonnance, au tribunal correctionnel, *en la lui notifiant avec citation à un des* jours d'audience du tableau; *et que le directeur du jury a commis un excès de pouvoir en ordonnant le renvoi de ladite ordonnance au commissaire* civil pour citer le *prévenu* et les témoins à sa requête; -- que le substitut près le tribunal de Melle n'a pas rempli toutes les fonctions que la loi lui impose, en ne citant pas lui-même le prévenu et les témoins à l'audience correctionnelle ; que cette citation était l'exécution de l'ordonnance de renvoi du directeur du jury rendue sur sa réquisition; et que le commissaire du gouvernement près le tribunal a commis lui-même un excès de pouvoir, en mettant à exécution l'ordonnance du directeur du jury qui est une des attributions du substitut».

»En raisonnant ainsi, le tribunal criminel du département des Deux-Sèvres a visiblement fait une fausse application de l'art. 22 de la loi du 7 pluviose an 9, et par suite violé les règles de la compétence judiciaire.

» C'est un principe consacré par trois jugemens du tribunal de cassation, des 26 et 27 fructidor an 9, *que les fonctions attribuées par la loi du 7 pluviose aux substituts des commissaires du gouvernement près les tribunaux criminels, sont uniquement relatives à l'exercice de la police judiciaire, et que l'exercice de cette police ne comprend pas les fonctions que doit remplir le commissaire du gouvernement près le tribunal de première instance jugeant en matière de police correctionnelle.*

» Or, faire citer les témoins à l'audience correctionnelle, ce n'est certainement pas un acte de police judiciaire; c'est évidemment une des fonctions réservées par la loi au commissaire du gouvernement près le tribunal de première instance.

» Inutile d'objecter que les citations ne sont données aux témoins qu'en *exécution* de l'ordonnance du directeur du jury qui traduit le prévenu à ce tribunal.

« Les citations données aux témoins, ne sont pas plus *l'exécution* de l'ordonnance du directeur du jury, que les autres actes d'instruction qui se font au tribunal correctionnel.

» Ainsi, pour raisonner conséquemment, le tribunal criminel du département des Deux-Sèvres aurait dû aller jusqu'à dire que le substitut devait aussi conclure à l'audience du tribunal auquel le directeur du jury a renvoyé la procédure.

« Et en ne poussant pas son raisonnement jusqu'à cette erreur manifeste, il l'a lui-même condamné.

« Sans doute, le substitut est chargé de l'exécution de l'ordonnance de traduction au tribunal correctionnel, rendue par le directeur du jury; l'art. 22 de la loi du 7 fluviose an 9 ne permet pas d'élever la plus légère difficulté à cet égard.

» Mais en quoi consiste, de sa part, cette *exécution*? elle consiste, et elle consiste uniquement, à envoyer l'ordonnance elle-même et toutes les pièces de la procédure, au greffe du tribunal correctionnel; à faire traduire, s'il y a lieu, le prévenu dans la maison d'arrêt établie près ce tribunal, ou à lui faire notifier le mandat de comparution qui a pu être décerné contre lui par le directeur du jury.

» A ces causes l'exposant requiert qu'il plaise au tribunal de cassation, vu l'art. 88 de la loi du 27 ventose an 8, et le § 6 de l'art. 456 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, casser et annuller le jugement rendu le 29 frimaire dernier par le tribunal criminel du département de Deux-Sèvres, et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, le jugement à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres dudit tribunal.

» Fait au parquet le 6 pluviose an 11. Signé Merlin.

» Ouï le rapport de Pierre-Paul-Marie Liger-Verdigny..;

» Vu l'art. 88 de la loi du 27 ventose an 8, et le § 6 de l'art. 456 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4; -- considérant que les fonctions attribuées par la loi du 7 pluviose an 9 aux substituts des commissaires du gouvernement près les tribunaux criminels, se réfèrent uniquement à l'exercice de la police judiciaire; que l'exercice de cette police ne comprend pas les fonctions que doit remplir le commissaire du gouvernement près le tribunal de première instance jugeant en matière de police correctionnelle ; -- considérant, dans l'espèce, que le tribunal criminel du département des Deux-Sèvres, en annullant la procédure instruite par le tribunal de l'arrondissement de Melle, à partir de l'ordonnance du directeur du jury portant renvoi de l'affaire au tribunal correctionnel, par le motif que le substitut près le tribunal criminel, n'ayant pas cité lui-même le prévenu et les témoins à l'audience correctionnelle, n'avait pas rempli toutes les fonctions que la loi lui imposait, a fait une fausse application de l'art. 22 de la loi du 7 pluviose an 9, la citation des témoins à l'audience correctionnelle n'étant point un acte de la police judiciaire, mais une des fonctions attribuées par la loi au commissaire du gouvernement près le tribunal de première instance; -- par ces motifs, le tribunal statuant sur le réquisitoire du commissaire du gouvernement et y faisant droit, casse et annulle . . .»

MAIN-ASSISE. C'est ainsi que l'on appelle en Artois et en Flandre, une manière d'acquérir hypothèque sur les biens d'un débiteur : elle consiste à *asseoir la main* de la justice sur ces biens.

I. Dans la coutume d'Artois (dit Maillart, sur l'art. 1er de cette loi municipale), « un créancier auquel le débiteur a accordé le pouvoir de faire asseoir la main de justice sur ses biens, pour sûreté de sa créance, obtient une commission du juge immédiat de la situation, ou du supérieur, si les héritages sont situés sous différentes justices immédiates, en vertu de laquelle un sergent asseoit la main du seigneur immédiat ou celle du roi, comme souverain d'Artois, ou d'autre justice, le cas y échéant, sous le ressort médiat de laquelle l'héritage est situé, pour sûreté de sa créance : il assigne le débiteur et le seigneur pour voir consentir ou débattre la Main-assise, et voir ordonner qu'elle tiendra ».

La coutume de la châtellenie de Lille porte, chap. 20, art. 1 : « Par l'usage, pour, en vertu de

Source : BIU Cujas

commission de Main-assise qui se décerne seulement par notre gouverneur de Lille ou son lieutenant, créer sûreté et hypothèque sur fiefs, maisons et héritages et biens adhérens au fonds, est requis que telle Main-assise soit accordée par lettres obligatoires passées ou reconnues par-devant icelui gouverneur ou son lieutenant ou auditeurs audit Lille, sous le scel du souverain bailliage, et ne se peut faire sur autres biens meubles et réputés pour meubles, et se décrète sur un défaut à ce ajourné le seigneur, son bailli ou lieutenant, duquel lesdits fiefs, maisons et héritages sont tenus, en lui adjugeant droits seigneuriaux tels que pour ce dus sont; et s'il n'y a l'un d'eux résidens en ladite ville et châtellenie dudit Lille, le seigneur supérieur, son bailli ou lieutenant, ensemble les obligés ou reconnaissans. — 2. Par la coutume, Main-assise décrétée se rétrotrait et crée sûreté et hypothèque dès l'instant de la main-mise, et ne peuvent les obligés ou reconnaissans détériorer ni faire chose au préjudice dudit hypothèque ».

Ces deux articles se retrouvent mot pour mot dans la coutume de la gouvernance de Douai, chap. 17.

II. On demandera sans doute quelle différence il y a entre la Main-assise, la main-mise et la mise de fait?

La Main-assise et la main-mise diffèrent de la mise de fait, en ce qu'elles mettent l'héritage sur lequel elles sont exploitées, sous la main de la justice, au lieu que la mise de fait le met sous celle du créancier, qui en devient *quasi-possesseur* à titre d'hypothèque;— Et elles diffèrent entre elles, en ce que la Main-assise imprime une hypothèque sur le bien qui en est l'objet, sans cependant en ôter la jouissance au débiteur saisi; au lieu que la main-mise ne produit pas d'hypothèque sur le fonds, mais seulement un droit sur les revenus dont elle transporte la régie entre les mains du commissaire aux saisies réelles.

Ce que nous disons de la main-mise, s'entend uniquement de la *main-mise* proprement dite, et dont nous parlerons à ce mot; car quelquefois on se sert de cette expression pour désigner l'exploitation d'une Main-assise ou d'une mise de fait: c'est ce que prouve la coutume de la châtellenie de Lille, chap. 19, art. 3, et chap. 20, art. 2.

La Main-assise n'est presque plus en usage dans cette coutume, depuis que le scel de la gouvernance de Lille engendre hypothèque de plein droit sur tous les biens que les parties contractantes possèdent dans le ressort de ce tribunal. *V. Hypothèque*, sect. 1, §. 5, n. 14.

Les coutumes d'Amiens, de Boulonnais, et plusieurs autres de la Picardie, parlent aussi de la Main-assise, comme d'une formalité requise pour engendrer hypothèque; mais les dispositions qu'elles renferment, à cet égard, ont été abrogées par l'art. 35 de l'édit du mois de juin 1771, et par la déclaration du 23 juin 1772.

V. Main-mise, Mise de fait, Devoirs de loi, Nantissement, etc.

[[La Main-assise et toutes les autres formalités du nantissement sont abolies. *V. Devoirs de loi*, §. 4.]]

MAINÉ. Ce mot est employé dans plusieurs coutumes, et il signifie *puîné*, *cadet*: il est formé de la particule *moins* et d'*aîné*.

La coutume de Coucy en Vermandois porte, art. 8, que tous les fiefs en ligne collatérale se partageront également entre les mâles qui se trouveront au même degré, mais que « l'aîné ou plus âgé d'eux pourra récompenser les autres *Maînés* de la part et portion qui leur appartiendrait aux fiefs ».

Suivant l'art. 82 de la coutume de Clermont en Beauvoisis, « l'aîné fils peut relever et rentrer l'hommage de son seigneur, si bon lui semble, du total des fiefs, pour la première fois seulement, ou des deux parts; et s'il advenait qu'il eût relevé pour le tout, les *Maînés*, pour la première fois aussi seulement, peuvent relever leur tierce partie et en faire hommage à leur frère aîné, ou envers le seigneur féodal, auquel que bon leur semblera ».

La coutume de Montargis, ch. 1, art. 35, donne la préférence, en matière de garde-noble, à l'aîné sur le *maint-nay*.

Les chartes générales de Hainaut, ch. 95, art. 4, établissent « qu'en succession de fiefs patrimoniaux ou acquêts en lignes directes et collatérales en un même degré, l'hoir mâle l'emportera contre la femelle, l'aîné contre le *Maîné* ».

On verra dans l'article suivant que quelques coutumes accordent aux *Maînés* un certain préciput dans les successions de leur père et de leur mère.

L'art. 35 de l'ancienne coutume d'Arras appelle *argent baillé à Maîné*, les deniers pupillaires que les tuteurs étaient autrefois autorisés, [[comme tout le monde l'est aujourd'hui]], à prêter à intérêts, sans en aliéner les capitaux.

MAINETÉ. On entend par droit de *Maineté*, un avantage qui appartient au plus jeune des enfans dans les successions de son père et de sa mère.

On n'a aucune idée de ce droit dans les coutumes de l'intérieur de la France; il n'est guère connu que dans le chef-lieu de Valenciennes, le Cambresis, les châtellenies de Lille et de Cassel, *la loi d'Arras*, et quelques parties de l'Allemagne.

I. On a beaucoup disputé sur l'origine de ce privilège. Les uns pensent que les coutumes l'ont établi par déférence pour la tendresse particulière que les pères et les mères ont toujours pour leurs derniers enfans. Suivant les autres, elles n'ont eu en cela d'autre vue que de récompenser les puînés des avantages que les aînés ont sur eux, tant en ce qu'ils prennent une part plus considérable dans les fiefs, qu'en ce que le plus souvent ils sont élevés

Source : BIU Cujas

et établis aux frais de leurs pères et de leurs mères, au lieu que les puînés, devenant orphelins dans un âge encore tendre, sont obligés de prendre dans leur propre bourse de quoi fournir à leur éducation et à leur établissement.

Il y a du pour et du contre dans chacune de ces raisons : peut-être pourrait-on en faire une plausible des deux ; mais la meilleure est de n'en donner aucune, et de dire, avec un jurisconsulte romain : *non omnium quæ à majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.* (Loi 20, D. *de legibus.*)

II. Les coutumes qui admettent le droit de Mainneté ne sont pas uniformes sur sa consistance.

Besoldus dit qu'en plusieurs endroits de la Saxe, le maîné a le droit de retenir tous les biens de la succession paternelle, en fournissant à ses aînés leur part en argent.

Dans la coutume de la châtellenie de Lille, tit. 4, art. 1, « quand père ou mère termine vie par mort, délaissant plusieurs enfans, et un lieu manoir et héritage cottier venant de son patrimoine (*c'est-à-dire, tenant nature de propre*), au fils maîné appartient droit de Maîneté audit lieu et héritage, pour lequel il peut prendre jusques à un quartier d'héritage seulement, ou moins, si tant ne contient ledit lieu, avec la maîtresse chambre, deux couples en la maison, la porte sur quatre esteulx, les porchil, carin, fournil et colombier, s'ils sont séparés, le burg du puich, et tous arbres portans fruits et renforcés, et autres choses réputées pour héritages, avec le surplus des édifices et bois étant sur ledit quartier de terre réputés pour meubles, si bon lui semble, pour tel prix qu'ils seront prisés à porter en voie, mettant en mont commun pour récompense en autre quartier de terre, ou autant qu'il en aurait pris et en a front de chemin de pareille tenue, et semblable rente ou moins. En laquelle récompense icelui maîné a sa portion à compte de tête ; et s'il n'a tel héritage pour faire ladite récompense, le peut acheter ».

L'art. 2 ajoute que « s'il y a plusieurs lieux et héritages patrimoniaux délaissés par père et mère, ou l'un d'eux, ledit fils maîné ne peut avoir ledit droit de Maîneté qu'en l'un desdits lieux et héritages à son choix ».

Dans la châtellenie de Cassel, le maîné « tient la place du défunt, ce que l'on appelle *madelstadde*, c'est à savoir, cinq quartiers de terre et au-dessous là où la maison ou le manoir est situé, ensemble le principal manoir, au cas qu'il puisse récompenser les autres avec de pareils héritages, s'il y en a, ou avec d'autres héritages ou autrement, à l'estimation des *partageurs* ». C'est ce que porte l'art. 277 de la coutume de ce pays.

La coutume de la loi d'Arras dit, art. 8, « qu'au partage entre enfans des héritages délaissés par père et mère, les lots dressés le plus également que faire se peut, le maîné fils, ou en défaut de fils, la maînée fille, a droit de prendre à son choix l'une des parts, sans pour ce donner aucune récompense à ses autres frères ou sœurs ; ce qui s'entend pour terres ou héritages situés en icelle seigneurie ou loi seulement ».

III. La coutume de Cambresis, tit. 8, art. 1, définit la Maîneté « un droit tant mobilier qu'héréditaire ».

L'art. 5 porte que « droit de Maîneté mobilière se comprend en trois pièces de meubles, ustensiles de ménage de diverses sortes, ayant servi tant à l'usage de l'homme que de la femme, durant le temps de leur conjonction, au choix du maîné ».

L'art. 8 ajoute : « Maîneté héréditaire se prend seulement en héritage de mainferme ayant maison manable, appartenant auxdits conjoints prestement, tant en usufruit que propriété ..., en laquelle lesdits conjoints tiennent leur domicile et résidence ordinaire au jour du trépas du premier décédant ».

Ces deux derniers articles ont besoin de quelques explications. — Fixons d'abord l'objet et l'étendue de la Maîneté mobilière.

Elle consiste, comme on l'a vu, *en trois pièces de meubles, ustensiles de ménages.* Donc les rentes, quoique réputées meubles dans la coutume de Cambresis, ne sont pas sujettes à ce droit, puisque ce ne sont pas des ustensiles de ménage.

Les bestiaux ne servent pas non plus à ce qu'on appelle proprement *ménage ;* et c'est pourquoi l'art. 7 du titre cité déclare que « pour ladite Maîneté mobilière ne se peuvent prendre chevaux, vaches, ni autres bestiaux quelconques ».

La coutume veut que les trois pièces de meubles choisies par le maîné, soient *de diverses sortes.* Donc il ne peut pas prendre trois effets semblables, c'est-à-dire, de la même espèce. Mais, dit le commentateur Desjaunaux, « ce terme *de diverses sortes* n'empêche pas que le puîné ne puisse prendre trois vaisseaux ou pièces d'argenterie, pourvu qu'ils soient chacun d'espèce différente ; car ce n'est pas dans la matière, mais dans l'espèce des meubles que la coutume demande de la différence. Aussi voyons-nous tous les jours un puîné prendre trois pièces de menuiserie pour son droit ». — L'art. 135 de la coutume de Valenciennes confirme cette interprétation ; les termes en sont rapportés ci-après.

Enfin, la coutume ne comprend dans la Maîneté mobilière, que les effets *ayant servi tant à l'usage de l'homme que de la femme, durant leur conjonction.* Par conséquent, les meubles que le survivant peut avoir achetés depuis la dissolution du mariage, ne sont pas soumis à ce droit.

IV. Quant à la Maîneté *héréditaire* ou immobilière, la première condition requise pour qu'elle ait lieu, est, que le père et la mère aient laissé une maison tenue en mainferme ou censive. Ainsi, « Maîneté n'a point de lieu sur l'héritage de fief, combien qu'il soit amasé et édifié de maison manable, et qu'en icelle les deux conjoints, au temps du trépas du premier mourant d'iceux, y fassent leur demeure et résidence ordinaire ». Ce sont les termes

Source : BIU Cujas

de l'art. 12 du titre 8. Il a même été jugé par un arrêt rapporté au mot *Coterie*, que les *fiefs cotiers*, espèce de biens particuliers au Cambresis, ne sont pas sujets à ce droit.

La seconde condition est que la maison sur laquelle on veut exercer le droit de Maîneté, ait appartenu au père ou à la mère, *tant en usufruit qu'en propriété*, et qu'elle leur ait servi de demeure à l'un et à l'autre jusqu'à la dissolution du mariage. « Si donc (porte l'art. 10), ladite maison était, par fureur de guerre ou autrement, au jour du trépas du premier décédant, toute brûlée et démolie, tellement qu'il n'y eût plus de demeure, ne serait point Maîneté ».

« Toutefois (continue l'art. 11), si depuis la Maîneté être engendrée par le trépas du premier décédant, tel brûlement ou démolissement avenait devant le trépas du dernier décédant, ce n'empêche point la Maîneté ».

Par la même raison, quand un des époux viendrait à mourir par hasard hors de la maison dans laquelle ils ont l'un et l'autre un domicile de droit et de fait, le plus jeune de leurs enfans ne laisserait pas d'être fondé à demander cette maison par préciput. C'est ce qui résulte nettement de l'art. 9 : « Si, par fortune de guerre ou autre cas fortuit, le premier décédant desdits conjoints mourait hors de leur maison, en laquelle ils avaient et feraient, cessant la fortune et empêchement, leur résidence et domicile ordinaire, ce n'empêcherait point que ce ne fût Maîneté ».

Du principe général, que l'on ne peut prendre le droit de Maîneté sur une maison, à moins qu'elle n'ait servi de demeure au père et à la mère, il résulte nécessairement, que si le père et la mère n'en occupaient qu'une partie au moment de la mort de l'un d'eux, cette partie est seule sujette au droit de Maîneté, et que le reste doit être partagé également entre les aînés et le cadet. C'est ce que décide l'art. 17 : « Si de la maison et héritage où s'engendre le droit de Maîneté héréditaire à l'heure du trépas dudit premier mourant, aucune ou plusieurs parties sont baillées et occupées à louage par autres, telles parties ne tombent en Maîneté, ains viennent en parçon ».

Cependant, comme il est en quelque sorte de l'équité et de la bienséance que le cadet puisse retenir, moyennant une juste indemnité, la partie sur laquelle il ne peut exercer son préciput, l'art. 18 a établi en sa faveur une espèce de retrait de convenance : « Mais le maîné en dedans l'an, après que la Maîneté est échue, peut avoir lesdites parties pour le prix qu'elles seront estimées par loi, si ravoir les veut, afin que l'héritage demeure en son entier ».

L'art. 8 comprend dans le préciput de Maîneté toutes les *appendances* de la maison, *joindant ensemble sans aucun moyen*. — L'art. 19 développe cette disposition : « Si, au jour du trépas du premier mourant, lesdits conjoints tiennent et possèdent à leur propre usance et demeure, deux ou plusieurs héritages à eux appartenans, joindans ensemble sans aucun moyen, tellement qu'on aille de l'un à l'autre par dedans, le tout est Maîneté »

Les maisons bâties sur des emphytéoses limitées à la vie des preneurs ou à un certain temps, sont sujettes au droit de Maîneté, lorsque les baux emphytéotiques ont été réalisés par devoirs de loi, parceque dans ce cas, ils sont réputés immeubles, suivant l'art. 6 du tit. 16; et par la raison contraire, quand ils n'ont été revêtus d'aucune des formalités du nantissement, le droit de Maîneté n'a pas lieu. C'est ce qu'établit clairement l'art. 20 du tit. 8 : « Maîneté héréditaire n'a lieu sur arrentemens baillés à vie ou temps limité par lettres, sous scel des bailleurs seulement; mais si tels arrentemens étaient réalisés pardevant les lois des lieux, et les adhéritances baillées pour en jouir audit titre, sur iceux se pourrait prendre Maîneté, si le cas y échoit ».

On ne distingue point, en matière de Maîneté, si la maison du père et de la mère était un conquêt de leur communauté, ou si elle était propre à l'un d'eux; dans un cas comme dans l'autre, elle est soumise au préciput du cadet. C'est la disposition expresse de l'art. 8.

V. La coutume de Valenciennes s'accorde avec celle du Cambresis, en ce qu'elle admet, comme elle, deux sortes de Maînetés, l'une mobilière, l'autre immobilière; mais elle en diffère par rapport aux objets compris dans l'une et dans l'autre.

VI. La première consiste, suivant l'art. 134, en une pièce *de chacune diversité et sorte de ménage, que pour le mainé on voudra choisir.* — Ces termes sont remarquables.

D'abord, il en résulte que le choix des meubles soumis à la Maîneté, doit être fait par le maîné, ou, s'il est mineur, par ceux qui sont chargés de stipuler ses intérêts. C'est ce qu'annoncent les mots, *que pour lui on voudra choisir.* — L'art. 137 dit à ce sujet, que « si le maîné est moindre d'ans, ledit droit de Maîneté sera levé par le mayeur au profit dudit maîné ».

En second lieu, ces termes, *de chacune diversité et sorte de ménage* signifient-ils que le maîné n'a droit de prendre qu'une pièce de tous les meubles d'une certaine matière, et que, par exemple, sur une vaisselle d'argenterie composée de services, de coupes, de plats, etc., il ne peut prélever qu'une seule pièce? Nous avons déjà répondu à cette question par rapport à la coutume de Cambresis; et la décision que nous en avons donnée pour cette coutume, est consignée en termes exprès dans celle de Valenciennes : « Et s'il y a vaisselle d'argent (porte l'art. 135), de chacune qualité une pièce, si comme de tasses, une tasse; de gobelets, un gobelet; de salières, une salière; jaçoit qu'elles fussent de diverses sortes de façons, et ainsi de toutes autres pièces et ustensiles de ménage ».

Source : BIU Cujas

On voit par cet article et par le précédent, que la coutume de Valenciennes, comme celle de Cambresis, n'affecte point à la Maîneté toutes les espèces d'effets mobiliers, mais seulement ceux qui servent au ménage. Voilà pourquoi l'art. 140 déclare que *droit de Maîneté n'aura lieu en marchandises.*

VII. La Maîneté immobilière est, dans la coutume de Valenciennes, le droit de choisir par préciput le meilleur des immeubles qui se trouvent dans la succession. L'art. 133 justifie cette définition : « Et pour ledit droit de Maîneté immobilière, ledit maîné prend la meilleure partie en une seule pièce, soit héritage ou rente immobilière ».

Dans le temps de la rédaction de cette coutume, on ne connaissait que deux sortes d'immeubles, les héritages et les rentes hypothéquées. De là naît la question de savoir si les offices, qui depuis sont devenus une troisième espèce d'immeubles, peuvent être sujets au droit de Maîneté? Nous pouvons répondre pour la négative, d'après un arrêt du parlement de Flandre du 24 décembre 1703, rendu au sujet de l'office de prévôt de la ville de Lille, entre la veuve du sieur Vandermaer, qui en était pourvu, et ses enfans. « Dans l'espèce de cet arrêt (dit Pollet), le fils prétendait que l'office étant réputé immeuble, il devait lui appartenir tout entier, parceque, suivant la coutume du bailliage de Lille, les héritages patrimoniaux succèdent aux mâles, à l'exclusion des femelles. On a jugé que l'office est bien réputé un immeuble de droit, mais non pas un immeuble de coutume, pour y pouvoir prendre par l'un des enfans une plus grande part que l'autre ».

On ne peut prendre la Maîneté immobilière que sur les biens-fonds ou rentes qui étaient dans le patrimoine des conjoints ou de l'un d'eux avant la mort du prédécédé. C'est ce que prouvent ces termes de l'art. 140 : « Droit de Maîneté n'aura lieu pour l'advenir ès héritages échus ou acquis après la dissolution dudit mariage ».

La coutume ne limite point l'étendue des héritages, ni le montant des rentes que le maîné peut prendre pour son préciput; il dépend de lui de choisir le bien le plus considérable de toute la succession, pourvu cependant que le père et la mère l'aient possédé en un seul corps et sans aucune division; car s'ils avaient distingué un immeuble en plusieurs parties, soit en faisant deux maisons d'une, soit en coupant un fonds par un fossé ou une haie, le cadet ne pourrait en demander qu'une partie pour son droit de Maîneté. L'art. 138 ne laisse là-dessus aucun doute : « Si, au jour du trépas du premier mourant des père et mère de l'enfant maîné, se trouve y avoir quelque maison par eux séparée, en sorte qu'il n'y ait accès par huis (porte) ou autre passage d'un quartier à l'autre, et que les parties ainsi séparées soient en état pour être habitées par divers ménages, tels quartiers, oresque (quoique) sous un même toit, sont réputés divers héritages, et n'aura le maîné que l'un d'iceux à son choix pour la Maîneté immeubilière. — Le même s'observera (ajoute l'art. 139), de tous manoirs, jardins et héritages qui auront été distingués par lesdits père et mère durant leur conjonction, soit par haie ou autrement, et seront trouvés en tel état au jour du premier mourant ».

VIII. On a vu à l'article *Légitime*, sect. 8, §. 2, art. 1, quest. 5, quels sont les droits respectifs des aînés et du cadet dans le cas où le droit de Maîneté étant prelevé par celui-ci, il ne reste plus assez de biens pour fournir à ceux-là une portion légitimaire.

IX. Après avoir montré en quoi consiste le droit de Maîneté, il faut examiner à qui il appartient, c'est-à-dire, quel est celui que l'on entend en cette matière par enfant *maîné*.

Reprenons toutes les coutumes que nous venons de parcourir, chacune dans le même ordre.

La coutume de la châtellenie de Lille défère ce droit au plus jeune des enfans mâles, et lorsqu'il ne s'en trouve pas, à la cadette des filles : « Droit de Maîneté n'est dû et ne peut succéder à filles, s'il y a fils; mais, en défaut de fils, la fille maînée a pareil droit ». Ce sont les termes de l'art. 3 du tit. 4.

L'art. 228 de la coutume de Cassel renferme la même disposition : « La plus jeune fille pourra avoir le droit de *madelstadde* contre sa sœur, au cas qu'il n'y ait point de fils; mais s'il y a un fils, la fille ne peut avoir ce droit ».

Il en est de même dans la coutume de la loi d'Arras; c'est ce qui résulte de ces termes de l'art. 8 rapporté ci-devant, *le maîné fils, ou, en défaut de fils, la mainée fille a droit de prendre*, etc.

Les coutumes de Saint-Simon et Raisse et de la Bouteillerie, locales de la châtellenie de Lille, et celles du Cambresis et du chef-lieu de Valenciennes accordent le droit de Maîneté au plus jeune des enfans, sans distinguer si c'est un garçon ou une fille — L'art. 2 de la première porte « que « droit de Maîneté est dû..... au maîné enfant, soit fils ou fille ». — L'art. 4 de la seconde dit « qu'après le décès et trépas de père ou mère....., le maîné, soit fils ou fille, a le choix, si bon lui semble ». — L'art. 1 du tit. 8 de la troisième déclare que ce droit est « dû à l'enfant du premier et noble mariage qui est trouvé le maîné des enfans dudit mariage survivans après les deux décès de leurs père et mère ». — Et suivant l'art. 140 de la quatrième, « droit de Maîneté se lèvera par enfans du premier mariage tant seulement ».

X. Que doit-on entendre en cette matière par *premier mariage?* Le sentiment le plus probable est que l'on ne doit regarder comme tel que celui dont il est né des enfans, de sorte qu'un mariage antérieur qu'aurait contracté l'un des conjoints, mais dont il ne resterait pas d'enfant, n'empêcherait pas que le droit de Maîneté n'eût lieu entre

Source : BIU Cujas

les fruits d'un second mariage. La raison en est, que la restriction de cet avantage aux premières nôces, n'a été introduite que pour l'intérêt des enfans que l'un des conjoints pourrait avoir eus d'un mariage précédent. La coutume de Valenciennes fait entendre assez clairement que tel est son esprit, puisqu'à l'art. 80, elle explique les mots *premier mariage*, par ceux-ci, *ou autre réputé tel dont il y a enfant.*

XI. Dans les coutumes dont nous parlons, il ne peut être pris qu'un droit de Maîneté sur les deux successions du père et de la mère. Ainsi, pour savoir quel est celui d'entre les enfans du premier mariage à qui ce préciput appartient, il ne faut pas considérer quel est le maîné au temps du décès de celui des conjoints de qui vient le bien sujet à la Maîneté; il ne faut faire attention, pour régler cette qualité, qu'au moment de la mort du dernier vivant. C'est ce que prouvent les derniers termes de l'art. 1 du tit. 8 de la coutume de Cambresis, rapporté ci-devant. L'art. 4 est encore plus formel: « Et si après le trépas du premier décédant desdits conjoints, y a enfant maîné qui devant le trépas du dernier mourant d'iceux conjoints vînt à décéder, soit ayant enfans ou non, ledit droit de Maîneté devra appartenir à celui enfant qui sera trouvé maîné survivant du premier mariage à l'heure du trépas du dernier décédant ».

Le survivant des conjoints tire un grand avantage de l'incertitude dans laquelle on est pendant sa vie, sur celui des enfans qui sera le maîné à sa mort: l'art. 13 lui assure la jouissance de la totalité de l'héritage soumis à la Maîneté, quoique ce soit un propre du prédécédé, et que, suivant l'art. 2 du tit. 10, il ne puisse jouir que de la moitié de ces sortes de biens à titre d'entravestissement de sang.

Mais s'il survenait un événement qui dissipât cette incertitude, la jouissance du conjoint serait restreinte à la moitié, à moins que son contrat de mariage ne lui donnât l'usufruit de tous les propres du premier mourant. C'est ce qu'enseigne Desjaunaux sur l'article que nous venons de citer. « La jouissance de l'héritage destiné au puîné pour son droit de Maîneté, n'étant accordée au survivant des conjoints qu'à cause de l'incertitude où l'on est auquel des enfans ledit héritage pourra appartenir, si le puîné et les autres renonçaient audit droit, le survivant ne pourrait pour lors conserver la jouissance entière dudit héritage, si c'était un propre du prédécédé, mais n'en aurait que la moitié à titre de ravestissement de sang ». — L'art. 14 vient à l'appui de cette résolution; il ne parle, à la vérité, que d'un cas particulier, mais la raison sur laquelle il est fondé, est générale. Voici comment il est conçu: « Mais si en après il advient qu'il ne reste plus que l'un d'iceux enfans, lors le survivant desdits conjoints ne doit plus jouir dudit héritage, sinon aussi avant que ravestissement de sang ou autre lui donnerait ».

Dans le cas de cet article, c'est-à-dire, lorsqu'il ne reste, à la mort du dernier vivant des conjoints qu'un enfant du premier mariage, il ne peut y avoir lieu au droit de Maîneté en sa faveur, quand même il aurait des frères ou des sœurs d'un second mariage. C'est ce que décide l'art. 2: « Un seul enfant du premier mariage survivant ses père et mère, ne peut demander droit de Maîneté contre ses frères et sœurs des autres mariages subséquens ». — On trouve la même disposition dans l'art. 2 de la coutume de Saint-Simon et Raisse: « Droit de Maîneté est dû.... au maîné enfant..., supposé qu'il y eût fils ou fille maîné ». — C'est aussi ce qui résulte de la coutume de la Bouteillerie, art. 4: « Après le décès et trépas de père ou mère délaissant aucuns héritages non procédans d'acquêts, et que division est faite entre *leurs enfans*, le maîné soit fils ou fille, a le choix, si bon lui semble ». — Enfin, l'art. 1 du tit. 4 de la coutume de la châtellenie de Lille, ne donne ouverture au droit de Maîneté que « quand père ou mère termine vie par trépas, délaissant *plusieurs enfans* ».

Ces dispositions doivent-elles être étendues à la coutume du chef-lieu de Valenciennes. L'affirmative ne paraît susceptible d'aucune difficulté. Suivant l'art. 132 de cette loi municipale, « le droit de Maîneté se prend préalablement et d'avant-part, et après prend le maîné au restant telles parts et portions qu'*autres ses frères et sœurs* ». On ne peut donc considérer le droit de Maîneté que comme la suite d'une qualité de comparaison. Car pour trouver un maîné parmi les enfans d'un premier mariage, il faut nécessairement comparer tous ces enfans entre eux, et savoir lequel est né le dernier: or, cette comparaison est impraticable, lorsqu'il ne se trouve qu'un enfant; par conséquent, il ne peut, dans cette hypothèse, y avoir ni maîné ni droit de Maîneté.

On a cependant été long-temps dans l'usage, à Valenciennes et dans tout le chef-lieu du même nom, d'accorder le droit de Maîneté à un seul enfant du premier mariage, tant contre les enfans d'un de ses frères germains, que contre ses frères ou sœurs d'un second mariage. On fondait principalement cet usage sur les art. 126 et 140 de la coutume: mais c'était tirer de ces deux textes une conséquence forcée.

En effet, l'art. 126 établit que, « si du premier mariage il y a enfant, et que le survivant se remarie, et que du second ou autre mariage subséquent il y ait aussi enfans, *l'enfant ou enfans du premier mariage* auront, après le décès de leur père ou mère remarié, la moitié des héritages patrimoniaux échus au survivant de plein droit ou propriétairement paravant ou constant ledit premier mariage, et la moitié des acquêts faits durant icelui; et l'autre moitié se partira tant entre lesdits enfans du premier mariage, que ceux du second, et autre mariage subséquent, par égale portion, *sauf le droit de Maîneté* »; — Et, comme l'on voit, tout ce qui résulte de cet article, c'est que la Maîneté n'entre point en partage lorsqu'elle a

Source : BIU Cujas

lieu ; mais cela ne décide pas qu'il y ait ouverture à ce droit, lorsqu'il ne se trouve qu'un seul enfant du premier mariage.

L'art. 140 déclare que « le droit de Maîneté se lèvera par enfans du premier mariage, tant seulement »; mais on ne peut pas en conclure que ce préciput appartienne au premier mariage, au lieu d'être personnel au plus jeune des enfans qui en sont provenus.

Ce n'était pas avec plus de fondement que les praticiens de Valenciennes cherchaient à justifier leur erreur par les art. 9 et 59 de leur coutume. — Le premier de ces textes porte « qu'au survivant de deux conjoints en premier mariage, duquel ils aient ou aient eu *enfant vivant*, compète la totalité des biens meubles, dettes, joyaux et cattels que délaissera le premier mourant ..... dont ledit survivant pourra disposer, excepté la Maîneté ». Le second ajoute « qu'après le trépas de l'un des conjoints, ... ayant délaissé *enfant ou enfant d'enfant*....., le survivant ne peut vendre, rapporter ni obliger les héritages patrimoniaux....., n'est pour dettes contractées pendant son mariage ou paravant icelui ....; *sans néanmoins pouvoir aliéner la Maîneté, sinon en défaut d'autre bien* ». — Assurément ce n'est pas dans ces articles que les rédacteurs de la coutume s'occupent de la nature du droit de Maîneté, de son étendue, des circonstances qui lui donnent l'être, de celles qui le font tomber en caducité ; ils gardent le silence sur tous ces objets, et en renvoient la discussion au titre *du droit de Maîneté* ; ils se bornent, dans ces textes, à fixer le pouvoir du survivant relativement à la faculté de disposer des meubles de la communauté et des immeubles qui lui sont propres ; et la réserve qu'ils font du droit de Maîneté, s'entend nécessairement avec la clause, *supposé que ce droit ait lieu.*

Quoi qu'il en soit, l'usage, ou plutôt l'abus dont il s'agit, a été proscrit par deux arrêts du parlement de Flandre, des 9 août 1749 et 29 novembre 1752.

Voici l'espèce du premier. Placide Thiéry, médecin à Marchiennes, avait épousé Quentine Pottier, fille unique d'un premier mariage. Après la mort de son beau-père, il prétendit, au nom de sa femme, lever le droit de Maîneté contre les enfans qu'avait laissés une de ses sœurs consanguines, mariée au sieur Louis Thiery, bourgeois de Bouchain. Une sentence arbitrale rejeta sa demande ; il s'en rendit appelant au parlement, mais sans succès. La sentence fut confirmée au rapport de M. Merlin d'Estreux.

L'espèce du second arrêt est à peu près la même que celle du premier. François Flament avait épousé Françoise Fromont : de ce mariage étaient nés deux enfans, Anne-Marie et Jacques-Joseph Flament. Celui-ci était mort après son père, mais avant sa mère ; et il avait laissé un fils nommé Nicolas-Joseph. A la mort de Françoise Fromont, Robert Corduan, marchand au Quesnoy, au nom d'Anne-Marie Flament, son épouse, donna requête pour contraindre Nicolas-Joseph Flament à lui laisser prendre son préciput de Maîneté dans la succession ; et sur ce qu'on lui opposa que sa femme ne pouvait réclamer ce droit, attendu qu'elle s'était trouvée à la mort de sa mère le seul enfant du premier degré, ce qui excluait toute idée de maîné, il demanda à faire preuve que l'usage était conforme à sa prétention : en conséquence, il intervint un jugement du 30 avril 1751, par lequel les officiers du bailliage du Quesnoy admirent « le demandeur à vérifier l'usage par lui mis en fait au procès, le défendeur entier en preuve contraire ». — D'après cette sentence, Robert Corduan fit faire deux enquêtes par turbes à Valenciennes, l'une du 26 mai, l'autre du 1er juillet 1751. — Voici ce que porte la première : « qu'il est véritable que, suivant l'usage, banlieue et chef-lieu de Valenciennes, lorsqu'un enfant unique d'un premier mariage se trouve dans le cas de partager la succession de ses père et mère, soit avec les enfans d'un second mariage, soit avec les enfans d'un frère ou sœur prédécédé du premier mariage, il lève le droit de Maîneté tant mobilière qu'immobilière ; ce qui a toujours été ainsi pratiqué de leur connaissance, et que, lorsqu'il s'est élevé quelques difficultés sur ce point, les avocats soussignés et leurs anciens, ont toujours été d'avis que la Maîneté avait lieu, et que les interessés se sont conformés aux consultations ». — La seconde enquête est conforme à la première, et même l'un des turbiers y dépose, « qu'il a tenu une enquête turbière pour le même cas, il y a vingt-huit à vingt-neuf ans, ensuite de commission rogatoire du conseil de Mons ; qu'il se souvient très bien que tous les avocats et praticiens qui y ont déposé, ont été de sentiment que l'enfant unique de premières nôces avait droit de lever la Maîneté mobilière et immobilière, nonobstant qu'il y eût des enfans d'autres mariages ». — A la vue de ces enquêtes, les officiers du bailliage du Quesnoy rendirent, le 13 mars 1752, une sentence qui déclara Corduan bien fondé dans les conclusions de sa requête, et condamna Flament aux dépens. — Mais, sur l'appel au parlement de Flandre, arrêt est intervenu au rapport de M. Levaillant du Thil, qui a infirmé la sentence, et débouté Corduan de sa demande, avec dépens.

XII. Nous avons déjà insinué que le droit de Maîneté ne peut appartenir qu'à un enfant du premier degré ; tel est en effet l'usage de tous les pays où ce préciput a lieu. — Nous avons sous les yeux une ancienne note manuscrite sur l'art. 1 du tit. 4 de la coutume de la châtellenie de Lille, qui porte : « Me Wallerand Miroul disait que la pratique de toute ancienneté avait été telle, que les enfans d'un maîné venant par représentation accordée à l'hoirie héréditaire de leur père grand, ne sont fondés de demander droit de Maîneté, attendu qu'icelui est seulement dû aux fils, et non aux neveux, auxquels il

Source : BIU Cujas

n'a pu être transmis, parceque icelui n'est dû au fils comme héritier simple, mais comme fils maîné, et partant du tout personnel ». *V.* ci-après, n. 14.

XIII. On a vu ci-devant que les coutumes de Cambresis et du chef-lieu de Valenciennes ne donnent le droit de Maîneté qu'à l'enfant qui se trouve le plus jeune au moment du décès du dernier vivant; et que cependant les effets ou héritages qui y sont soumis, ne peuvent pas être aliénés par celui-ci. De ces deux principes combinés l'un avec l'autre, résulte une conséquence bien simple et qui nous est tracée par l'art. 3 du tit. 8 de la coutume de Cambresis; c'est que « le droit de Maîneté est engendré à la mort du premier décédant des conjoints, mais qu'il n'est point échu, sinon par la mort du dernier décédant ».

Cette conséquence en amène naturellement une autre : dès que *le droit de Maîneté est engendré à la mort du premier décédant des conjoints*, il est certain que celui des enfans qui se trouve actuellement le maîné, et qui, par cette raison, en a l'expectative la plus apparente, peut faire tous les actes conservatoires qu'il trouve à propos, pour empêcher le dépérissement des choses comprises dans son préciput. C'est ce que prouve l'art. 6 du titre cité : « Si, après le décès du premier mourant des conjoints, il était apparent que le survivant déchût de ses biens, ou vendît ses meubles en fraude du maîné, ledit maîné ou les tuteurs des enfans pourraient faire inventaire et prisée des trois pièces qu'ils entendraient prendre ou faire prendre au maîné pour sadite Maîneté, pour, en cas qu'elles se vendraient en fraude, le cas échéant, en avoir l'estimation. Mais si elles ne se vendaient, et s'empirassent par usance, le maîné les prendrait telles qu'il les trouverait, sans en avoir amendement ».

XIV. Le droit de Maîneté qui est échu, se perd et s'anéantit par le laps du temps dans lequel l'appréhension doit en être faite.

La coutume de la Châtellenie paraît accorder au maîné tout le temps de sa vie pour faire cette appréhension; voici comment elle s'exprime à ce sujet, tit. 4, art. 4 : « Ledit droit de Maîneté n'est dû, s'il n'est préjudiciairement appréhendé ou consenti par les héritiers ou les tuteurs d'iceux, s'ils sont en minorité d'âge. Et si ledit maîné ou maînée finit ses jours sans avoir fait ladite appréhension, ou lui ait été consenti, ledit droit, dès l'instant du trépas, est sopi et éteint ». — Cette disposition justifie bien clairement l'assertion de l'auteur de la note rapportée ci-dessus, n. 12, que le droit de Maîneté est du *tout personnel*.

Dans la coutume de Cambresis, « si l'enfant maîné, après le trépas de ses père et mère, étant âgé (*majeur*), ne demande et appréhende ladite Maîneté, et que depuis icelle être échue, il ait, avec ses héritiers seulement, joui de sa part séparément ou par indivis l'espace de dix ans, sans contredit, il ne la pourra plus, après ledit terme, appréhender ou demander ».

Il y a quelque chose de plus. La demande en délivrance du droit de Maîneté est tellement de rigueur, « que si entre héritiers âgés (*majeurs*), parçon (*partage*) se fait, en laquelle les meubles ou héritages sur lesquels la Maîneté se peut prendre, sont mis en parçon accepté par les cohéritiers, après ce fait, l'enfant ne peut quereller ledit droit de Maîneté ».

La coutume de Valenciennes est encore plus rigoureuse. « Se prendra (dit-elle, art. 136) ledit droit de Maîneté (*mobilière*), en dedans six semaines, par celui qui sera trouvé après le trépas du survivant des deux conjoints être maîné : et quant aux héritages ou rentes immobilières, il fera ladite option et choix en dedans l'an ».

XV. Est-il au pouvoir des pères et mères de déroger au droit de Maîneté ? Il est constant que cela dépend absolument d'eux, dans les coutumes de la châtellenie de Lille, de Cassel, et de la loi d'Arras.

Dans les coutumes de Cambresis et du chef-lieu de Valenciennes, ils peuvent déroger à ce droit, lorsqu'ils sont tous deux en vie; les art. 8 et 21 de la coutume de Cambresis sont formels sur ce point. — Mais dès que l'un est mort, la Maîneté est irrévocablement acquise à celui des enfans qui sera le plus jeune au décès de l'autre. C'est pourquoi, la première des coutumes dont il s'agit, déclare, comme on l'a déjà vu, que « le droit de Maîneté est engendré à la mort du premier décédant de tels conjoints ».

Cuvelier, dans son *Recueil d'arrêts du grand conseil de Malines*, en rapporte un du 3 avril 1602, par lequel il a été jugé que le droit de Maîneté dû au puîné dans la coutume de Valenciennes, ne peut être changé ni diminué par le père ou la mère ». — La disjonctive *ou* fait entendre clairement qu'il ne s'agissait pas, dans l'espèce de cet arrêt, de savoir si le père *et* la mère pouvaient déroger de concert au droit de Maîneté, mais si, après la mort de l'un d'eux, il était libre à l'autre d'anéantir ou d'altérer ce préciput. Le grand conseil de Malines a jugé pour la négative; et sa décision, qui pouvait alors souffrir quelques doutes, parceque la coutume de Valenciennes n'était pas encore réformée, est aujourd'hui au-dessus de toute espèce de difficulté.

En effet, l'art. 9 de cette loi municipale accorde au survivant de deux conjoints qui ont eu un enfant pendant le mariage, la propriété pleine et incommutable de tous les effets mobiliers du prédécédé; cependant il lui défend expressément d'en disposer au préjudice du droit de Maîneté.

L'art. 59 interdit au survivant avec enfans, toute aliénation *des héritages patrimoniaux, soit qu'ils procèdent de son côté ou du côté du trépassé*, à moins qu'elle ne soit, ou nécessitée par des besoins urgens et constatés par un jugement en bonne forme, ou autorisée par le consentement des enfans majeurs, ou faite à la charge de remploi, *sans*

Source : BIU Cujas

néanmoins pouvoir aliéner la Maîneté, sinon en défaut d'autres biens.

Les art. 157 et 158 déclarent que les choses comprises dans la Maîneté, sont insaisissables pour les dettes contractées par le survivant depuis la dissolution du mariage, et ne permetent de les saisir pour les dettes créées pendant la communauté, qu'au défaut d'autres meubles, s'il s'agit de la Maîneté mobilière, et d'autres immeubles, s'il est question de la Maîneté immobilière. Voici les termes de ces textes : — « Si l'exécution se fait contre le survivant de deux conjoints, ayant retenu enfans du prédécédé, entre lesquels droit de Maîneté a lieu, icelle exécution se fera sur les meubles, soit du trépassé ou du survivant, *sans néanmoins toucher à ceux sujets au droit de Maîneté, sinon en cas de courteresse, et que la dette ait été contractée durant leur conjonction.* — Et à faute de meubles, ou en cas d'insuffisance d'iceux, les créanciers (*de simples dettes*) se pourront traire sur les fruits et revenus des immeubles acquêtés, ou autres dont le débiteur pouvait disposer, *encore que levés par droit de Maîneté, ne fût que les revenus d'autres semblables biens non levés pour ladite Maîneté, fussent suffisans pour y fournir* ».

Pollet fait sur ces deux articles une observation importante : « Si l'enfant maîné, avant que de contester sur la saisie, oppose l'exception de discussion, il est tenu d'indiquer les biens qu'il prétend devoir être discutés; et s'il en indique, l'exception arrête la poursuite de la cause. S'il ne la propose qu'après avoir contesté, elle tient lieu d'exception péremptoire : et si l'enfant maîné n'a point d'autre bon moyen contre la saisie, on la décrète, avec la charge de faire discuter préalablement les meubles et les acquêts que l'enfant maîné indiquera. Arrêt rendu, au rapport de M. de Hautport de Maffles, le 22 janvier 1697, entre Jacques Bar, appelant au baillage du Quesnoi, et la veuve de Michel Lasne, intimée ».

Les pères et les mères peuvent, à leur choix, exercer, par une disposition entre-vifs ou par un acte de dernière volonté, le pouvoir qu'ils ont dans les deux coutumes dont nous parlons, de déroger au droit de Maîneté, du vivant l'un de l'autre; mais il y a cela de particulier dans la coutume de Cambresis, que lorsqu'ils emploient pour cette dérogation un acte de dernière volonté, ils ne peuvent remplir efficacement leur objet, par rapport à la Maineté immobilière, qu'en se déshéritant de leur maison entre les mains des officiers de la justice d'où elle relève immédiatement. C'est ce qui résulte de l'art. 1 du tit. 13, portant, que « nul ne peut par testament disposer de ses héritages, si ce n'est en faisant les devoirs dûment par-devant loi du lieu ou des lieux èsquels les héritages sont situés ».

Il ne suffit même pas que les conjoints se soient ainsi déshérités : il faut encore que, dans l'année du décès du dernier vivant, les aînés au profit desquels a été faite la dérogation au droit de Maîneté, se fassent adhériter de la maison par les officiers qui en ont reçu la déshéritance. Cela est ainsi réglé par l'art. 1 du tit. 20, conçu en ces termes : « Si un simple rapport d'héritage est fait en main de loi, pour, après le décès des rapportans, appartenir à quelqu'un, icelui ou iceux au profit de qui est fait ledit rapport, doit, en dedans l'an, après le décès des rapportans, demander l'adhéritance et saisine de tel héritage à la loi; autrement, après ledit terme passé, tel rapport cesse et ne porte plus effet ». — C'est en conséquence de cette disposition, et nonobstant la preuve qu'elle était tombée en désuétude dans certains endroits, relativement à la Maîneté, qu'un arrêt du parlement de Flandre, du 7 avril 1769, rendu au rapport de M. Renard d'Hamel, en faveur d'Antoine-Joseph Le Grand, de Fontaine-au-Pire en Cambresis, a déclaré *caduc et inopérant*, un simple rapport fait par des conjoints pour rompre la Maîneté immobilière, faute par les aînés d'avoir pris adhéritance dans l'an du décès du père et de la mère.

XVI. Pour que la dérogation au droit de Maîneté soit efficace, faut-il qu'elle soit expresse et spéciale?

La coutume de Cambresis exige ces deux conditions par rapport à la Maîneté mobilière; voici ce qu'elle dit à ce sujet, tit. 8, art. 21 : « Testament ou autre disposition de tous les biens meubles n'empêche point le droit de Maîneté mobilière, s'il n'y est spécialement et par exprès dérogé par les deux conjoints ». — Il résulte de là que la Maîneté immobilière peut être rompue par une disposition générale : c'est la conséquence que tire Desjaunaux de cet article : « Il n'en est pas de même (dit-il), du droit de Maîneté héréditaire, pour lequel détruire, il suffit aux conjoints de disposer autrement par clause de contrat nuptial de leurs propres, ou de leurs acquêts par condition générale, ainsi qu'il a été jugé par le magistrat de Cambrai ».

Les autres coutumes, telles que le chef-lieu de Valenciennes, la châtellenie de Lille, Cassel, etc., n'ont pas de disposition sur ce point; et l'on y tient pour constant, qu'une simple clause d'égalité entre tous les enfans, ne suffit pas pour déroger au droit de Maîneté, parcequ'elle ne s'entend point d'une égalité parfaite, mais d'une égalité coutumière. Voici ce que porte une note manuscrite sur l'art. 1 du tit. 4 de la coutume de la châtellenie de Lille : « Pour quelque disposition faite par père ou mère, tendante à égale portion entre ses enfans, ne fait à censer déroger au droit de Maîneté, sans dérogation expresse et spéciale d'icelui droit. C'est l'opinion commune des praticiens, par cette raison, que, quoique la coutume ait égalé les mâles, ou en faute d'iceux les femelles, en héritages patrimoniaux, elle a, nonobstant ce, introduit le droit de Maîneté ». — On peut appliquer ici les arrêts que nous avons rapportés à l'article *Institution contractuelle*, §. 6, n. 3.

Il ne faut cependant pas toujours que la déroga-

Source : BIU Cujas

tion au droit de Maîneté soit expresse et spéciale ; et l'on peut dire en général, que toute disposition qui est absolument incompatible avec ce droit, suffit pour en opérer l'extinction.

Ainsi, lorsque les conjoints ont assigné tous leurs biens en détail à chacun de leurs enfans, il ne peut plus y avoir lieu au droit de Maîneté, parce-qu'il ne reste plus de matière sur laquelle on puisse l'exercer. C'est ce que décide encore une ancienne note manuscrite sur l'endroit cité de la coutume de la châtellenie de Lille : « *Nota* (porte-t-elle), que le droit de Maîneté n'est dû lorsque le père assigne à chacun de ses enfans sa portion ».

C'est aussi ce qui a été jugé dans la coutume du chef-lieu de Valenciennes, par une sentence du bailliage du Quesnoy, du 18 décembre 1752. — Jacques Wibaille et Marie-Marguerite Ridoux, son épouse, demeurant à Engle-Fontaine, ont fait un testament conjonctif, le 12 octobre 1710; et par cet acte, ils ont régle le partage de tous leurs biens entre leurs trois enfans, Marie-Thérèse, Marie-Antoinette, et Jacques, qui était le maîné. Après la mort des testateurs, il a été question de savoir si ce partage derogeait au droit de Maîneté ; et comme il contenait des assignats de chaque corps de biens, la sentence que nous venons de citer, a jugé pour l'affirmative.

XVII. On a déja fait entendre que le maîné peut renoncer à l'avantage que lui donne la loi, et cela ne souffre aucune difficulté, pas même dans les coutumes qui ne font consister la Maîneté que dans le droit de prendre le manoir du défunt, à la charge de récompenser les aînés en autres immeubles, ou, faute d'immeubles, en deniers. C'est la décision textuelle de l'art. 279 de la coutume de Cassel : « Nul n'est obligé de prendre le droit de *madelstadde*, s'il ne veut. »

Lorsque le maîné renonce, son droit ne passe pas à l'enfant qui est immédiatement moins âgé que lui : il s'éteint absolument.

XVIII. Nous avons vu que la coutume du chef-lieu de Valenciennes défend de saisir les choses sujettes à la Maîneté, tant qu'il y a dans la succession assez d'autres biens pour en acquitter les dettes. Il suit de là, que le maîné ne contribue pas aux dettes à raison de son préciput, mais seulement comme chacun de ses frères et sœurs.

Il a même été jugé par un arrêt du parlement de Flandre, rapporté dans le recueil de Desjaunaux, sous la date du 24 décembre 1712, que « quand, à Cambrai, le plus jeune des enfans appréhende, par droit de Maîneté héréditaire, la maison de ses père et mère, les héritiers mobiliers sont tenus de décharger les rentes constituées avec hypothèque sur ladite maison, soit qu'elles aient été constituées pour l'acquisition d'icelles, ou qu'elles soient antérieures à ladite acquisition ».

[[XIX. Le droit de Maîneté mobilière a été aboli dans toutes les coutumes dont on vient d'examiner les dispositions, par l'art. 1 de la loi du 8 avril 1791.

C'est également par cette loi, et par cette loi seulement, qu'a été aboli le droit de Maîneté immobilière, dans les coutumes qui soumettaient à ce droit tous les immeubles indistinctement. — Mais dans les coutumes où ce droit ne portait que sur les *mainfermes* ou *cotteries*, l'abolition de ce droit a été prononcée plus tôt : elle l'a été par la loi du 15 mars 1790. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Féodalité*.]]

MAINFERME. Ce mot désigne dans les coutumes des Pays-Bas et de la Picardie, un héritage tenu à cens; il est parfaitement synonyme avec *roture* et *censive*.

Le *Glossaire du Droit français* contient l'indication de plusieurs anciens titres qui prouvent que ce terme était autrefois en usage dans les provinces de l'intérieur de la France, et que l'on appelait *Manu-firmitas* le contrat par lequel une terre se donnait en Mainferme.

Laurière soupçonne, d'après ces titres, qu'il existe quelque différence entre un Mainferme et une censive; et en effet « les héritages de Mainferme (dit Maillart sur l'art. 14 de la coutume d'Artois) étaient proprement ce que l'on nomme à présent des immeubles pris par des baux à vie, soit d'une, soit de plusieurs personnes. Aujourd'hui (continue le même auteur), les Mainfermes sont ou des emphytéoses ou des prises à rentes foncières seigneuriales ».

Il y a cependant en Hainaut des Mainfermes qui ne payent rien aux seigneurs dont ils sont tenus ; « cela vient (suivant Dumées, dans sa *Jurisprudence du Hainaut français*), de ce que ces biens ont été affranchis de la redevance par les seigneurs, ou parceque le terrage qui est le vrai cens, a été prescrit; ce qui est extraordinaire et contre la disposition formelle de toutes les coutumes ».

Le mot *cotterie* passe généralement pour synonyme de *censive*, et conséquemment aussi de *Mainferme*. Néanmoins, on trouve dans la coutume de Cambresis, quelques traces de différence entre les biens cottiers et les biens tenus en Mainferme; mais les dispositions que renferme là-dessus cette loi municipale, lui sont absolument particulières. *V. Cotterie.*

On ne sait où Denizart a vu que « le mot *Mainferme* signifie aussi dans les Pays-Bas, ce que nous nommons en France franc-aleu roturier ». Il n'y a pas un mot de vrai dans cette assertion.

[[De ce qu'il n'y avait dans les coutumes de la Belgique, aucune différence entre les Mainfermes et les censives, il suit évidemment que concéder un héritage pour le tenir de lui en Mainferme, c'était, de la part d'un seigneur, la même chose que de le concéder pour le tenir de lui en censive, que de l'acenser.

Et cette conséquence en amène une autre : c'est que toutes les redevances qui ont été réservées, sous l'ancien régime, par des actes portant concession de fonds, pour être tenus en Mainferme du con-

Source : BIU Cujas

cédant, sont abolies par l'art. 1 de la loi du 17 juillet 1793. *V. Cens.*

C'est en effet ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, du 8 juillet 1806, dont le bulletin civil de cette cour nous présente ainsi la notice :

« Le 28 janvier 1786, Casimir-Joseph de Vavrechin, alors seigneur de Brunemont (en Hainaut), concéda à Jacques Pasbecq un terrain situé en la commune de Brunemont, moyennant des redevances annuelles en nature ou en argent, aux charges de journées à corvées tombant en arrérages; il fut stipulé que toutes les fois que l'héritage passerait d'une main à une autre, la rente serait acquittée double : la concession était dite *à tenir en Mainferme dudit seigneur de Brunemont.* — Sur la contestation élevée entre le ci-devant seigneur et le concessionnaire, postérieurement à la suppression de la féodalité, le tribunal de première instance (de Valenciennes) avait jugé que la redevance était seigneuriale, et comme telle, supprimée. — Sur l'appel porté en la cour d'appel de Douai, cette cour, (par arrêt du 6 thermidor an 13), a considéré comme foncière la redevance, et infirmé le jugement des premiers juges. — Sur le pourvoi en cassation, il a été reconnu que les redevances stipulées par l'acte du 28 janvier 1786, étaient seigneuriales; et que, par les coutumes locales, la tenure en *Mainferme* désignait une relation féodale; que la coutume du Hainaut, art. 28 du ch. 77, ne laissait pas de doute sur ce point; qu'ainsi, la cour d'appel de Douai avait méconnu les lois de la matière et violé leurs dispositions.— L'arrêt de cassation est ainsi conçu :

» Ouï le rapport de M. Vasse, l'un des juges, les observations de Me Mailhe, avocat du demandeur, celles de Me Gérardin, avocat du défendeur, et les conclusions de M. Thuriot, substitut du procureur général; — Considérant que l'acte du 28 janvier 1786 porte, de la part de Casimir de Vavrechin, alors seigneur de Brunemont, concession de fonds *à tenir dudit seigneur de Brunemont, en Mainferme*, aux charges de redevances en nature, de *journées à corvée, tombant en arrérages*, et que la *rente sera doublée toutes les fois que l'héritage passera de main à autre*; — Considérant que ces stipulations designent des redevances autres que de simples redevances retenues par un propriétaire, mais bien des redevances seigneuriales; et que l'expression *à tenir en Mainferme dudit seigneur de Brunemont*, ne pouvait motiver de doute sur la nature féodale de la concession; — Considérant que les redevances féodales, même les rentes foncières mélangées de féodalité, sont supprimées sans indemnité par les lois de juillet et octobre 1793, et du 7 ventose an 2; — Qu'ainsi, la cour d'appel de Douai a contrevenu aux dispositions de ces lois, par son arrêt du 6 thermidor an 13; — La cour casse et annulle....]]

MAIN-FORTE. C'est le secours que l'on prête à la justice, afin que la force lui demeure et que ses ordres soient exécutés. [[*V. Garde forestière, Gendarmerie* et *Gouverneur*, n. 2.]]

MAIN-GARNIE. Cette expression s'emploie pour signifier la *possession de la chose.*

I. Quand on fait une saisie de meubles, on dit qu'*il faut garnir la main de la justice;* pour dire qu'il faut trouver un gardien qui s'en charge. *V. Gardiens.*

II. Le seigneur plaide contre son vassal *Main garnie*, c'est-à-dire qu'ayant saisi le fief mouvant de lui, il fait les fruits siens pendant le procès, jusqu'à ce que le vassal ait fait son devoir. — [[Cette maxime est devenue sans objet par l'abolition du régime féodal. *V. Fief*, sect. 2, §. 6.]]

III. On dit aussi que *le roi plaide toujours Main-garnie*, ce qui n'a cependant lieu qu'en trois cas.

[Le premier est lorsque le procureur de sa majesté a saisi féodalement. — On dira sans doute qu'en ce cas, le roi ne sait qu'user d'un privilège commun à tous les seigneurs de fief; mais il y a cela de particulier à son égard, que le désaveu du vassal fait cesser la saisie du simple seigneur de fief, au lieu qu'il n'opère pas le même effet contre le roi; c'est ce qui a été jugé par arrêts des 19 août 1339 et premier août 1422, rendus contre le duc de Lorraine, au sujet de la mouvance de Neufchâteau. (Chopin, *de Domanio*, liv. 3, tit. 10, n° 4.)

Le second cas est lorsqu'il s'agit de quelque prérogative attachée à la souveraineté, ou de quelque bien ou droit notoirement domanial, tels que sont la justice, les tabellionages, les apanages éteints, les domaines engagés, etc. Chopin, *de Domanio*, liv. 3, tit. 10, rapporte un arrêt de 1446, qui le juge ainsi pour le cas d'extinction d'apanage; et cette maxime a été érigée en loi générale par les art. 14 et 18 de l'édit du mois de février 1566. Voici les termes de ces textes : « Les saisies faites par réunion de notre domaine, ne se lèveront par provision, mais sera procédé à l'instruction des procès, sinon que, pour cause et grande considération, fût trouvé équitable de faire quelque provision à temps seulement, attendant l'instruction du procès. — Pour les droits dépendans de notre domaine, sera et pourra être, en tous lieux et parlemens, procédé par saisie ».

Le troisième cas est lorsque le roi est en possession du bien contentieux. Comme il ne peut point être intenté de complainte contre sa majesté (*V. Complainte au parlement de Flandre*), il est clair qu'elle doit jouir par provision pendant le procès. Cela a été ainsi jugé par un arrêt de l'an 1281. Le roi avait fait bâtir des moulins sur le port de Grestonne : le chevalier Bertrand, qui prétendait que lui seul avait ce droit, en demandait la démolition. La cour décida que le roi demeurerait en possession des moulins, sauf au chevalier Bertrand *son action de propriété.* (Papon, liv. 15, tit. 1, n. 9.)

Hors ces trois cas, le roi ne plaide pas Main-garnie. Ainsi, il ne peut pas, durant le procès, dé-

Source : BIU Cujas

posséder le possesseur d'un héritage. C'est ce qui est décidé en termes exprès par l'ordonnance de Philippe de Valois, de 1344, insérée dans l'ancien style du parlement de Paris (*tit. de advocat. et procurat. reg.*, art. 3.) Voici ce que porte cette ordonnance : *Hoc in posterum valiturâ constitutione sancimus ut si procurator noster amodo voluerit vel moverit litem re quâcumque contra possidentem, non turbetur possidens, nec ad manum nostram res litigiosa ponetur, nisi priùs causâ cognitâ.* Aussi, dit Le Bret, (de la souveraineté, liv. 3, chap. 11), voyons-nous « que cette cour a toujours réprouvé cette violente façon de procéder, spécialement depuis l'arrêt solennel de l'année 1298, par lequel elle donna main-levée au comte d'Alençon de la terre de Montagu, qui avait été saisie sur lui, à la requête du procureur général du roi, durant la question si cette terre dépendait du roi ou de lui, et dont il était en possession lorsqu'on la saisit ». — Chopin, *de Domanio*, liv. 3, ch. 10, n° 7, date cet arrêt de la Toussaint 1278.

La charte normande de 1314 confirme cette jurisprudence. En voici les termes : « Ce nous ou nos successeurs voulons au temps à venir, acquérir ou dire à nous appartenir aucun droit de rente ou de possession qui ait été possédé par aucun de notre duché de Normandie, par an et jour paisiblement, la cause ou négoce soit terminée dorénavant selon la coutume du pays : la possession demourant franchement par devers iceux possesseurs, nonobstant usage au contraire ».

Il a été jugé par un arrêt du parlement de Paris, du 12 avril 1710, rapporté au Journal des audiences, que, lorsqu'il y a « combat de fief et de juridiction entre le roi et un seigneur, quoique les titres paraissent favorables au seigneur, la sentence dont il y a appel étant pour le roi, il n'y a pas lieu de donner la provision au seigneur, mais qu'il faut mettre tout en suspens, jusqu'au jugement définitif ».

Le principe de ces diverses décisions est que, dans les affaires où il s'agit des intérêts du roi lui-même, le roi doit toujours être considéré sous un double point de vue. D'un côté, il est partie dans la personne des officiers poursuivant le recouvrement de ses droits; de l'autre, comme prince, et ayant dans ses mains le trésor de la puissance publique, offrant à ses sujets sa protection selon la justice, contre lui-même, il est séquestre des objets contentieux.

Ainsi, pour bien connaître l'étendue de la règle, *le roi ne plaide que Main-garnie*, il faut se souvenir qu'elle répond à cette autre règle, *entre le roi et toute partie, le roi est lui-même séquestre.* On ne commencera donc point par renverser une possession paisible; mais s'il y a lieu d'ordonner une séquestration, elle se fera entre les mains du roi lui-même; et l'administration des domaines, au ministère de recouvrement qui est l'objet direct de son institution, joindra encore celui de dépositaire naturel de la chose contentieuse.]

IV. On appelle aussi *Main-garnie*, la saisie et arrêt que le créancier fondé en cédule ou promesse, peut faire sur son débiteur en vertu d'ordonnance de justice. Cela s'appelle *Main-garnie*, parceque l'ordonnance qui permet de saisir, s'obtient sur simple requête, avant que le créancier ait obtenu une condamnation contre son débiteur. (M. Guyot.)*

* MAIN DE JUSTICE. On désigne ainsi l'autorité de la justice, et la puissance qu'elle a de faire exécuter ce qu'elle ordonne, en contraignant les personnes et procédant sur leurs biens. Cette puissance qui émane du prince, de même que le pouvoir de juger, est représentée par une main d'ivoire qui est au-dessus d'une verge.

Les huissiers et sergens, qui sont les ministres de la justice et chargés d'exécuter ses ordres, sont pour cet effet dépositaires d'une partie de son autorité, qui est le pouvoir de faire des commandemens, de saisir toutes sortes de biens, de vendre les meubles saisis, d'emprisonner les personnes quand le cas y échet : *ainsi* pourquoi lorsqu'on [[faisait]] la montre du p[illegible]t de Paris, les huissiers et sergens y [[portaient]], entre autres attributs, la Main de Justice.

On dit *mettre des biens sous la Main de Justice*, pour dire, les saisir, les mettre en séquestre.

Cependant, mettre en séquestre est plus que mettre simplement sous la Main de Justice; car le séquestre dessaisit, au lieu qu'une saisie qui met simplement les biens sous la Main de Justice, ne dessaisit pas.

Lorsque la justice met simplement la main sur quelque chose, c'est un acte conservatoire qui ne préjudicie à personne. (M. Guyot.) *

* MAIN-LEVÉE. C'est un acte qui lève l'empêchement résultant d'une saisie ou d'une opposition. On l'appelle *Main-levée*, parceque l'effet de cet acte est communément d'ôter la main de justice de l'autorité de laquelle avait été formé l'empêchement : on donne cependant aussi Main-levée d'une opposition sans ordonnance de justice ni titre-paré.

On donne Main-levée d'une saisie - arrêt, d'une saisie - exécution et d'une saisie-réelle.

En fait de saisie-réelle, la Main-levée donnée par le poursuivant, ne préjudicie point aux opposans, parceque tout opposant est saisissant. — [[*V. Saisie immobilière.*]]

Lorsqu'on statue sur l'opposition formée à une sentence, ce n'est pas par forme de Main-levée; on déclare non recevable dans l'opposition, ou bien l'on en déboute; et si c'est l'opposant qui abandonne son opposition, il se sert du terme de *désistement.*

Les oppositions que l'on anéantit par le moyen de la Main-levée, sont des oppositions extrajudiciaires, telles qu'une opposition à la célébration d'un mariage, à une saisie-réelle, ou entre les

Source : BIU Cujas

mains de quelqu'un, pour empêcher qu'il ne paye ce qu'il doit au débiteur de l'opposant.

La Main-levée peut-être ordonnée par un jugement, ou consentie par le saisissant ou opposant, soit en jugement ou dehors.

On distingue plusieurs sortes de Main-levée; savoir :

La Main-levée pure et simple, c'est-à-dire, celle qui est ordonnée ou consentie sans aucune restriction ni condition.

La Main-levée en donnant caution : celle-ci s'ordonne en trois manières différentes; savoir, en donnant caution simplement; ce qui s'entend d'une caution resséante et solvable, ou à la caution des fonds, ou bien à la caution juratoire.

La Main-levée provisoire est celle qui est ordonnée ou consentie par provision seulement, et pour avoir son effet en attendant que les parties soient réglées sur le fond.

La Main-levée définitive est celle qui est accordée sans aucune restriction ni retour. Lorsqu'il y a eu d'abord une Main-levée provisoire, on ordonne s'il y a lieu, qu'elle demeurera définitive.

La Main-levée en payant a lieu, lorsque les saisies étant valables, le juge ordonne que le débiteur en aura Main-levée en payant. (M. Guyot.) *

MAIN-LEVÉE DE SUCCESSION. C'est un acte judiciaire usité en Bretagne. [[*V. Héritier*, sect. 1, §. 2, n. 1.]]

MAIN-MISE. C'est l'action de *mettre la main* sur quelqu'un ou sur quelque chose pour l'arrêter ou saisir. Ce terme est principalement usité en Hainaut, et il est synonyme de *clain*, *saisie*, *arrêt*, *exécution*, etc.; on l'emploie aussi quelquefois en Flandre dans le même sens que *Main-assise*. *V.* ce mot.

I. On connaît dans le Hainaut trois sortes de Main-mise, la mobilière, la réelle et la personnelle. La première se pratique sur les meubles et effets mobiliers, la seconde sur les biens-fonds, et la troisième sur les personnes mêmes des débiteurs.

Ces trois espèces de Main-mises peuvent se pratiquer, non seulement à *fin d'exécution*, mais encore à *fin de sûreté*, dans les cas où le droit autorise les saisies conservatoires.

II. Elles ont cela de commun que l'on ne peut, hors les matières de bail et de louage, les exploiter sans titre exécutoire, si ce n'est à l'égard des étrangers du Hainaut, ou même des habitans de cette province qui sont justement soupçonnés de préméditer leur fuite. La Main-mise personnelle ne peut même avoir lieu que lorsque le titre exécutoire du créancier contient une soumission expresse à la contrainte par corps. Voici ce que porte là-dessus l'art. 4 du ch. 69 des chartes générales : — « Lesdits sergens ne pourront, pour dette civile, appréhender personne au corps, si spécialement elle n'y est obligée par obligation, cédule ou autre titre authentique; mais quant aux biens, les créditeurs s'y pourront attacher en tous cas, moyennant qu'il appert de la dette par quelque titre authentique, que lors ils pourront commencer par exécution, après commission pour par eux levée et enregistrée au registre du clerc de l'office (c'est-à-dire, du greffier de la juridiction); toutefois pour louage de maison, cense, fin d'une année avant Main, pourront lesdits sergens munis de commission à la requête des parties, mettre la Main aux corps et biens d'iceux, sans aucune obligation ou cédule, comme aussi sur tous étrangers et suspects de fuite sans commission, sauf que les biens immeubles desdits étrangers ne se pourront arrêter sans icelle commission, et ainsi pour les sergens de notre office du bailliage de Hainaut et tous autres de notredit pays ».

Nous avons expliqué au mot *Exécution parée*, ce que le législateur entend dans cet article par les termes *obligation, cédule ou autre titre authentique*.

M. K. conseiller au conseil souverain de Mons, fait sur le même article une remarque importante. Quoique les chartes générales (dit-il dans un manuscrit que nous avons sous les yeux), défendent *d'appréhender personne au corps, si spécialement elle n'y est obligée*, néanmoins « on peut saisir au corps pour dettes domaniales, *item* pour toutes sentences et actes du rôle. Ainsi jugé à la cour. »

Ce magistrat ajoute que le nommé Page ayant fait pratiquer une Main-mise personnelle contre Elisabeth Plicette, en vertu d'une simple commission, pour avoir réparation d'injure, et sous prétexte qu'elle préméditait sa fuite hors du pays, il intervint d'abord un arrêt qui lui ordonna de faire preuve de la préméditation de fuite; et que n'ayant pu parvenir à cette preuve, un second arrêt du 5 octobre 1707, déclara l'emprisonnement nul, ordonna à Page de comparaître en personne devant M. Dumont, rapporteur, pour être blâmé en présence de sa partie adverse, si elle jugeait à propos de s'y trouver, le condamna en outre à une amende de 12 liv. et aux dépens; et faisant droit sur les conclusions du *conseiller-avocat du roi*, ordonna au sergent qui avait pratiqué la Main-mise, de comparaître pareillement devant le rapporteur pour répondre à ce qui lui serait proposé.

[[Aujourd'hui la contrainte par corps ne peut plus avoir lieu en matière civile, que dans les cas déterminés par le Code Napoléon, par le Code de commerce, et par la loi du 10 septembre 1807. *V. Contrainte par corps* et *Etranger*.]]

III. Nous avons prouvé aux mots *Exécution parée*, que l'établissement du tabellionage en Hainaut n'a point abrogé la disposition du texte cité concernant la nécessité d'obtenir une permission de justice pour exécuter par Main-mise un titre authentique. Mais faut-il absolument que cette permission soit revêtue de la forme d'une commission? L'article dont il s'agit, ne paraît laisser aucun doute sur l'affirmative; cependant l'usage est con-

Source : BIU Cujas

traire à cette opinion, et tous les jours on exploite des Mains-mises sur de simples permissions des juges, accordées en marge des requêtes qu'on leur présente à cet effet.

C'est d'après cet usage qu'a été rendu au conseil un arrêt du 9 février 1685, portant règlement entre le parlement de Flandre et la chancellerie de cette cour. Il s'agissait de savoir si les Mains-mises qui s'exploitaient de l'autorité du parlement, devaient être précédées d'une commission, ou si un simple arrêt en forme d'apostille suffisait pour les autoriser. Voici ce que le conseil a décidé : — « A l'égard des Mains-mises en ce qui regarde le pays d'Hainaut, veut sa majesté que l'usage établi audit pays de procéder auxdites Mains-mises sans commission de la chancellerie, soit suivi, gardé et observé, sauf en cas d'exécution ; et ce faisant, sera en la liberté des parties de se pourvoir par requête, ou de faire expédier une commission en la chancellerie, pour le sceau de laquelle il ne pourra être taxé que dix-sept sous six deniers tournois ». — [[*V. Exécution parée* et *Saisie.*]]

IV. On a demandé si le pouvoir d'autoriser l'exploitation d'une Main-mise n'appartenait qu'aux juges royaux, ou si les officiers des justices seigneuriales en jouissaient également. Le premier parti a été adopté par M. le président Dubois d'Hermanville en son *Recueil d'arrêts du parlement de Flandre.* Mais ce magistrat ne s'est-il pas trompé? On en jugera par les raisons sur lesquelles il se fonde. — « La Main-mise (dit-il), étant une saisie et une voie d'exécution qui introduit la demande, et forme ensuite la contestation par-devant le juge qui l'a décernée, elle est exorbitante du droit commun, qui ne permet pas qu'une action commence *ab executione.* Or, la coutume n'a voulu déférer ce pouvoir qu'à la cour à Mons, au lieu de laquelle le parlement est subrogé dans le Hainaut conquis, de crainte que les juges subalternes n'en abusassent; outre que l'effet de la Main-mise étant de mettre les biens saisis entre les mains du roi, nul autre que la cour et les juges royaux, par leur institution, ne sont compétens d'accorder des Mains-mises ».

De ces deux raisons, la première n'est qu'une citation fausse ; la seconde, un paralogisme qui se détruit de lui-même. — Il n'y a dans les chartes générales aucun article qui attribue à la cour de Mons le droit exclusif de permettre les Mains-mises. Voilà la citation fausse.— Les Mains-mises ne mettent les biens saisis entre les mains du roi, qu'autant qu'elles sont pratiquées par l'autorité royale : on ne peut donc pas en conclure qu'elles soient réservées aux sièges royaux. On pourrait faire le même raisonnement pour l'opinion contraire ; il suffirait de dire : Les Mains-mises mettent les biens saisis sous la main des seigneurs : donc les juges des seigneurs peuvent les accorder. Cette manière de raisonner ne serait pas plus sûre que celle de M. Dubois d'Hermanville ; dans l'une comme dans l'autre, le principe sur lequel on se fonde manque absolument de preuve. Voilà le paralogisme.

Il n'en faudrait pas davantage, sans doute, pour nous faire rejeter l'opinion de M. Dubois d'Hermanville ; mais il y a plus, les justices seigneuriales du Hainaut ont en leur faveur plusieurs titres qui leur assurent le droit d'autoriser l'exploitation des Mains-mises, chacune dans son territoire.

1° Le ch. 2 des chartes générales renferme une énumération exacte de tous les cas réputés royaux dans la province dont il s'agit; et loin d'y comprendre les matières de Main-mise, il contient un aricle qui les en exclut formellement; c'est le 55e ; voici comment il est conçu : — « Pour parvenir au paiement des rentes, pensions ou autres redevances annuelles sur terres ou seigneuries gouvernées (c'est-à-dire, tenues en saisie) par notredite cour, requête se pourra faire à icelle, laquelle, après apaisement sur ce prix, y baillera telle provision qu'elle trouvera convenir. Le semblable sera fait par les officiers ordinaires ou seigneurs vassaux *qui auront terres en arrêt*, sans qu'il soit besoin d'y procéder par plainte ». — Il résulte clairement de ces termes, qu'un héritage peut être tenu en saisie sous l'autorité d'un juge non royal, et conséquemment que les sièges royaux ne sont pas les seuls compétens pour accorder des Mains-mises ; car, on l'a déjà vu à l'article *Clain*, et on le verra encore dans un instant, tout l'effet des Mains-mises, lorsqu'elles sont pratiquées sur des fonds, est de les tenir en saisie jusqu'à l'entière extinction des dettes qui en sont l'objet.

2° L'art. 17 du ch. 69 suffirait seul pour décider la question : « Quant aux arrêts qui se font sur fief (porte-t-il), les sergens devront aussi pour ce faire, *obtenir commission de leur maître, et en vertu d'icelle*, se transporter sur ledit fief, etc. »

3° Un arrêt du conseil du 18 juin 1703, rendu contradictoirement entre le parlement de Flandre, les juges royaux de Bouchain et de Maubeuge, et les seigneurs de Hainaut, après avoir maintenu les seconds « dans le droit et possession de connaître en première instance de toutes matières réelles, personnelles, possessoires et mixtes dans les villes et villages de leurs juridictions, tant par Main-mise et interdiction qu'autrement, et fait défenses aux sieurs officiers du parlement de Tournay d'en connaître d'aucune en première instance » ; maintient pareillement les troisièmes dans leur droit et possession de connaître par leurs officiers « des matières concernant les fiefs et mainfermes tenus de leurs justices, et des matières personnelles, *par prévention* entre eux et les sieurs Hennet (prévôt de Maubeuge) et Gardel (lieutenant général de Bouchain) ». — Il est sensible que ce droit de prévention doit s'entendre avec la clause contenue dans la disposition relative aux juges royaux, *tant par Main-mise et interdiction qu'autrement* : car l'arrêt ne fait en cela que subroger les officiers des seigneurs au droit des juges

Source : BIU Cujas

royaux par rapport aux premières instances que le parlement voulait attirer à soi.

4° Des lettres-patentes sur arrêt, du 18 septembre 1724, enregistrées le 5 septembre suivant, portent, art. 5, que « les juges royaux d'Agimont ou Givet et de Bavay, créés comme ceux de Maubeuge et de Bouchain, par édit du mois de février 1692, *avec les mêmes attributions* et ressort immédiat au parlement de Flandre, *auront les mêmes droits attribués auxdits juges* de Maubeuge et de Bouchain, *et connaîtront comme eux* en première instance, tant en matière réelle que personnelle, des causes des ecclésiastiques, des nobles et des communautés, des cas royaux, *des saisies* et des décrets *des fiefs relevans de sa majesté*, chacun dans l'étendue de leur juridiction ». — Cette disposition n'est point obscure; elle borne clairement la compétence exclusive des sièges royaux en matière de saisies ou Mains-mises, aux *fiefs relevans de sa majesté;* donc, suivant l'esprit de cette loi, les meubles, les censives et les fiefs mouvans des seigneurs particuliers, peuvent être saisis de l'autorité des juges non royaux.

5° Un décret du 1er septembre 1702, portant règlement entre le conseil souverain de Mons et les juges subalternes du Hainaut Autrichien, ordonne, art. 1, que « le conseil ne pourra accorder des interdictions ou Mains-closes (c'est-à-dire des défenses provisionnelles), contre les traites et exécutions données par les offices subalternes, ne soit, aux termes d'interdits prétoriaux, introduits de droit, ou pour quelque bonne cause fondée sur titre ». — Voilà bien la preuve que les juges des seigneurs peuvent accorder des Mains-mises; car les mots *traite*, *exécution* et *Main-mise*, sont synonymes dans la jurisprudence du Hainaut. Témoins le ch. 75 des chartes générales, art. 9, 11, 15, etc.

6° Enfin, l'avis que nous soutenons, a été confirmé par un arrêt du parlement de Flandre, du 27 février 1739. En voici les circonstances que j'ai tirées des mémoires des parties entre lesquelles il a été rendu. — La maison de Ligne avait confié aux auteurs du sieur Bernard-François Le Ducq d'Eth la régie de la principauté d'Emblise et de la seigneurie de Malmaison. En 1737, le sieur d'Eth, muni de titres qu'il regardait comme des preuves certaines de l'excédant de sa dépense sur sa recette, se pourvut devant le bailli de Quaroube, y obtint commission de Main-mise sur les biens que possédait le prince de Ligne dans cette juridiction, et demanda que ce seigneur fût tenu d'ouïr et d'appurer son compte final. Le prince de Ligne, au lieu de répondre au fond, allégua l'incompétence du juge devant lequel on l'assignait; il soutint que sa qualité de gentilhomme ne le rendait justiciable que des juges royaux, et que d'ailleurs c'était à ces juges seuls qu'appartenait le pouvoir d'accorder des Mains-mises, et de connaître des actions qui commençaient par cette voie. Ces moyens ne firent aucune impression sur le bailli de Quaroube; et, le 17 mai 1738, il intervint sentence qui, sans s'arrêter à l'incompétence alléguée par le prince de Ligne, lui ordonna de défendre au fond. Le prince de Ligne interjeta appel de cette sentence au parlement de Flandre; mais elle fut confirmée avec amende et dépens, par l'arrêt cité, au rapport de M. de Calonne.

Il ne faut pourtant pas conclure de tout ce que nous venons de dire, que les officiers des seigneurs puissent décerner des Mains-mises dans les matières qui sont, par leur nature, réservées aux juges royaux.— Le prévôt de Beaumont ayant connu par cette voie d'une demande en portion congrue formée par le vicaire de Froide-Chapelle, contre le décimateur du même lieu, le parlement de Flandre a déclaré par arrêt du 28 juin 1790, inséré dans le recueil de M. Dubois d'Hermanville, qu'il avait été nullement et incompétemment procédé et jugé, et a ordonné que le prévôt de Beaumont serait assigné en la cour, pour répondre aux conclusions que le ministère public voudrait prendre contre lui.

C'est par le même motif qu'un arrêt du conseil souverain de Mons, du 3 septembre 1670, rapporté dans un manuscrit que nous avons sous les yeux, a jugé que les chanoinesses de Maubeuge n'avaient pu se pourvoir devant le prévôt de Longueville par commission de Main-mise, pour avoir paiement de dîmes qu'elles prétendaient leur être dues.

En général, on peut dire que toute Main-mise dont l'exploitation ne sert que d'ouverture à une instance, ne peut être accordée que par le juge compétent pour connaître de la cause qui en est l'objet. Nous avons rapporté au mot *Clain*, quatre arrêts qui ont confirmé ce principe; en voici deux autres émanés du conseil souverain de Mons; nous les tirons du recueil manuscrit de M. Tahon, mort conseiller en cette cour. — Par arrêt du 15 janvier 1710, il a été jugé, dit-il, « de toutes voix, que si l'action (dont il s'agissait) était réelle, la juridiction du conseil ne pouvait se fonder par la saisie du bien de l'étranger que l'on prend à partie, ainsi que le rapporte Stokmans, décision 136; et en cette conformité, il a été décidé depuis cinq à six mois, au rapport de M. Tireau, entre les demoiselles du chapitre de Sainte-Waudru, plaignantes en Main-mise, d'une part, et les abbés et religieux de Saint-Amand, intimés, d'autre, en faveur de ceux-ci pour qui je plaidais. » — [[*V. Clain.*]]

M. de Blye, premier président du parlement de Flandre, fait mention d'un arrêt sans date qui mérite d'être ici placé. « Jugé (dit ce magistrat), pour Sébastien de Hem, contre le chapitre d'Antoing, qu'un demandeur sur Main-mise accordée au pays de Hainaut, qui est une espèce d'exécution, étant satisfait amiablement de son dû pendant la poursuite, sauf des dépens, ne pouvait contraindre son débiteur au paiement desdits dépens, en vertu de la même Main-mise, mais qu'il

Source : BIU Cujas

devait faire convenir son débiteur sur taxe d'iceux, et en obtenir arrêt préalable à l'exécution ».

V. Un arrêt du conseil souverain de Mons, du 19 avril 1708, a jugé que les commissions de Main-mise ne se surannent point en Hainaut, et qu'on peut les mettre à exécution après l'année de leurs dates.

VI. Une Main-mise mobilière, pratiquée sur une seule pièce de meuble, embrasse toutes celles qui se trouvent dans la maison du débiteur. C'est la disposition de l'art. 13 du ch. 69 des chartes générales. — « Toutefois (ajoute le même texte), si les bestiaux étaient, au jour de l'arrêt, aux champs, et non au pourpris de la maison, le sergent qui voudra profiter, comme premier arrêtant, sera tenu d'aller faire l'arrêt sur lesdits bestiaux où ils seront, ou du moins sur l'un d'iceux. »

Suivant l'art. 12, « les sergens ne peuvent saisir ni vendre bêtes chevalines, harnais servans à labour, les outils des gens de métiers, armures et bâtons des gens de guerre, ni autres meubles de semblable essence, si avant que les débiteurs aient autres biens pour satisfaire, à peine de refonder tous dépens, dommages et intérêts. »

Dès que la Main-mise est pratiquée, l'huissier ou sergent exploiteur doit procéder à l'inventaire des meubles et effets. L'art. 9 l'ordonne ainsi formellement, et veut que cet inventaire se fasse en présence de deux hommes de fiefs, ou de deux échevins, avec le greffier.

Lorsque l'huissier choisit des hommes de fiefs, au lieu d'échevins, faut-il, en conséquence de l'édit du mois d'avril 1675, rapporté au mot *Homme de fief*, que l'un d'eux soit revêtu de la qualité de notaire? Dumées (*Traité des Juridictions*, pag. 186), semble adopter l'affirmative; et quoique cette opinion paraisse singulière au premier abord, elle est cependant fondée sur le texte même de l'édit cité. Quoi de plus précis en effet que ces termes! « Voulons et ordonnons que dorénavant tous *actes* et contrats qui seront faits dans l'étendue dudit pays et comté de Hainaut, soient reçus par un notaire homme de fief, qui instrumentera èsdites qualités de notaire homme de fief, assisté d'un autre homme de fief seulement..... Défendons et interdisons à tous autres hommes de fiefs dudit pays de Hainaut, de recevoir aucuns *actes* et contrats de leur chef, et sans l'intervention desdits notaires hommes de fiefs, à peine de nullité et de tous dépens, dommages et intérêts des parties? »

L'obligation imposée à l'huissier d'inventorier les meubles compris dans une Main-mise, emporte naturellement celle d'y établir des gardiens; cela résulte du principe, qu'une Main-mise tend à déposséder le débiteur, et l'article cité en contient une disposition expresse. *V. Gardes-maneurs.*

Suivant l'art. 14, l'huissier doit faire la vente des meubles et effets saisis, le cinquième jour après l'exploitation de la Main-mise, « en commençant le premier aux biens périssables, et puis après aux autres. » — Cette vente doit être précédée d'affiches, et notifiée à la partie saisie. — Le même article défend aux huissiers de « rien acheter ni faire acheter pour eux des biens qu'ils vendront, ni anticiper l'heure ordinaire et destinée à semblable vente publique, à peine de dix florins d'amende, et pardessus ce, de punition arbitraire ».

L'art. 15 porte que « la vente des bestiaux ne se pourra faire par lesdits sergens qu'à la plus prochaine ville ou marché public de la résidence des débiteurs, si ce n'est à la requête d'iceux pour leur plus grand profit, et le tout après les trois jours francs expirés, billets attachés et publication de vendage ».

[[Sur tout ce qui a rapport aux saisies de meubles suivant la nouvelle législation, *V. Saisie mobilière.*]]

VII. La matière des Main-mises réelles offre plusieurs particularités remarquables.

L'art. 17 du chapitre cité porte que pour saisir un fief, l'huissier doit « se transporter sur ledit fief, et en la présence d'hommes de fiefs de la seigneurie dont le fief sera tenu, ou par emprunt du grand bailli, ou à faute d'iceux, de la cour (de Mons), y lever herbe, terre ou gazon, et le mettre ès mains d'un autre pour morte-garde....; et s'il y a concurrence d'arrêts entre lesdits créanciers, l'arrêt fait par-devant hommes de fiefs de la seigneurie dont le fief sera tenu, ou emprunté dudit grand bailli, sera préféré à celui qui sera fait devant hommes de fiefs de notredite cour (1).

Les art. 18 et 19 ajoutent que les Main-mises sur francs-aleux doivent être pratiquées *par-devant deux alloëtiers*, celles de mainfermes *par-devant deux échevins*, et celles sur *biens amortis, présens deux hommes de fiefs de ladite cour.*

VIII. L'objet des Main-mises réelles n'est point de faire décréter les fonds sur lesquels elles sont pratiquées, mais seulement de les tenir en régie et d'en faire appliquer les revenus annuels au paiement des créanciers saisissans. C'est ce que porte l'art. 20 du même chapitre : « Lesdits sergens ne pourront vendre fiefs, alloets ou mainfermes, s'il n'y a déshéritance préalable par les *héritiers* à cet effet; mais les devront manier annuellement jusques au fournissement de leur traite ».

Cette disposition a été confirmée tout récemment par un arrêt du parlement de Flandre. Henri Duhem ayant obtenu contre Siméon Foveau un arrêt qui condamnait celui-ci à payer une somme de 600 livres, montant d'un billet à ordre qu'il avait signé, fit saisir et mettre en criées la maison de ce particulier située à Pecquencourt. Fo-

(1) Cette disposition, combinée avec les art. 1 et 2 du ch. 4, a occasionné, touchant les Main-mises sur fiefs tenus en pairies, quelques difficultés dont nous rendrons compte aux mots *Pairs de Hainaut.*

Source : BIU Cujas

veau se pourvut en nullité d'exécution, sur le fondement du texte cité ; et par arrêt du 1er juillet 1778, rendu au rapport de M. l'abbé Evrard, la cour déclara l'exécution nulle, sauf à Duhem à tenir la maison en régie jusqu'au paiement entier de la somme qu'il lui devait. — Il est étonnant que la cause de Duhem ait trouvé un défenseur; son seul moyen était de dire que les chartes générales restreignent la défense de décréter les biens-fonds, au cas où ce n'est point la partie saisie, mais un défunt à qui elle a succédé, qui a contracté la dette ; et il faisait résulter cette restriction du mot *héritier* employé dans l'article dont il s'agit. Mais quelle raison y aurait-il d'exempter l'héritier d'un débiteur, plutôt que le débiteur lui-même, de la rigueur des décrets? D'ailleurs, dans le langage des législateurs du Hainaut, le mot *héritier* est synonyme de *propriétaire ;* témoins les art. 23, 24 et 25 du ch. 8 ; les art. 2, 4 et 6 du ch. 9 ; l'art. 7 du ch. 96, et les autres textes des chartes générales, indiqués à l'article *Héritier*. Au surplus, *V. Clain.*

[[On a remarqué sous ce dernier mot, §. 1, que les lois nouvelles ont abrogé cette disposition des chartes du Hainaut.]]

IX. Ces termes du texte que nous examinons, *les devront manier annuellement jusques au fournissement de leur traite*, prouvent que les sergens sont établis par les chartes générales commissaires aux Main-mises réelles qu'ils pratiquent; mais cette disposition n'est plus observée dans le Hainaut français ; elle y a été abrogée par une déclaration du 2 janvier 1694, rendue en faveur des commissaires aux saisies réelles, créés précédemment par un édit du mois de février 1692. Louis XIV rend compte dans le préambule de cette loi, des motifs qui la lui ont fait porter : — « Les huissiers et sergens (dit-il), prétendent à l'egard du Hainaut, que les saisies réelles n'y sont point connues, et que les Main-mises qui y sont en usage, lorsque le créancier veut être payé de son dû, sont différentes des saisies réelles, en ce qu'elles ne regardent et n'affectent que les fruits et revenus, et, pour ainsi dire, que la seule superficie et non le fonds, de sorte que l'on ne peut jamais, par la Main-mise, parvenir au décret et adjudication du fonds, attendu que, suivant les coutumes et chartes du Hainaut, le fonds de terre ne peut être vendu et passé à un tiers sans le consentement du débiteur qui en est propriétaire. Cependant comme ces procédures, qui tendent à la même fin de procurer au créancier le paiement de ce qui lui est dû sur les revenus des terres et biens immeubles appartenans au debiteur, ont beaucoup de rapport entre elles, soit que l'on considère les formalités qui s'observent en l'une et en l'autre, soit par le temps que dure la Main-mise, qui ne finit que lorsque le créancier qui l'a fait faire est satisfait, en sorte qu'on peut dire qu'elles ne diffèrent que de nom, la Main-mise, ainsi que la saisie-réelle, devant être enregistrée au greffe de la juridiction de l'autorité de laquelle elle se fait, qui dès ce moment en demeure saisie, le débiteur ne peut plus disposer de son fonds au préjudice du créancier qui a fait faire la Main-mise : le bail se fait par l'autorité de la justice, et la régie en est commise au sergent, comme elle doit l'être au receveur des saisies réelles ; nous avons jugé qu'il était à propos pour concilier la disposition des chartes du Hainaut et l'usage de cette province, avec l'utilité que retire le public de l'établissement des offices de commissaires aux saisies-réelles, et remédier aux abus que commettent les huissiers-séquestres et régisseurs des terres qui sont en Main-mise, de déclarer là-dessus nos intentions ». — En conséquence, le roi ordonne que les commissaires aux saisies réelles, créés par l'édit cité, « soient établis commissaires à toutes les Main-mises qui se feront tant en Hainaut qu'en Flandre, et en conséquence, qu'ils reçoivent tous les revenus des terres et biens immeubles qui seront en Main-mises, comme faisaient ci-devant les huissiers-séquestres, et qu'ils jouissent, pour raison de ce, des droits qui leur sont attribués par l'édit du mois de février 1692, le tout sans préjudice des formalités prescrites par les chartes du Hainaut ». — [[*V. Commissaires aux saisies réelles.*]]

X. Lorsque le débiteur a constitué une hypothèque par déshéritance à son créancier, ce n'est point par Main-mise, mais par *plainte d'exécution*, que celui-ci doit agir pour faire décréter le fonds hypothéqué. Il ne lui est cependant pas alors défendu d'agir en simple Main-mise : comme il est libre à toute personne de renoncer à ses droits, on ne peut lui contester la faculté de tenir simplement en régie le fonds qu'il pourrait faire vendre. C'est ce qui a été jugé formellement par un arrêt du parlement de Flandre, du 7 novembre 1697, rapporté dans le recueil de Desjaunaux. — Le sieur de Zomberhge avait fait pratiquer une Main-mise sur un moulin appartenant au sieur de Bousies, pour avoir paiement de 21 années d'arrérages d'une rente dont ce moulin était chargé à son profit. Le sieur de Bousies, assigné pour voir décréter cette Main-mise, y avait formé opposition, sous prétexte que la plainte d'exécution était la seule voie qu'il fût permis à un créancier de prendre à l'égard des fonds sur lesquels il avait hypothèque. Le sieur de Zomberghe, au contraire, avait soutenu que l'usage de toute la province autorisait la forme dans laquelle il s'était pourvu; et sur cette contestation arrêt était intervenu le 16 mars 1695, qui avait admis ce dernier à faire preuve de l'usage qu'il alléguait. « En conséquence (dit l'arrêtiste), le demandeur avait justifié par des enquêtes turbières, qu'on pouvait bien se pourvoir par Main-mise, pour être payé d'une rente, sur l'héritage qui y était hypothéqué, parceque pour lors l'action se dirigeant au fonds, elle était toute réelle et équivalait à la plainte ou saisie qu'on pouvait former sur le fonds, quoique pour rente (hypothéquée) on ne puisse pas agir par Main-mise sur la personne

Source : BIU Cujas

du débiteur, ni sur ses autres biens non hypothéqués à ladite rente (1), d'autant qu'en ce cas, la Main-mise ne pouvait être considérée que comme une action personnelle ». Ces moyens ont déterminé l'arrêt cité. — [[*V. Saisie immobilière.*]]

XI. De quoi ne s'avise pas un débiteur, lorsque, pour échapper aux poursuites de ses créanciers, il s'abandonne aux écarts d'une imagination systématique ! L'arrêt que nous venons de rapporter, prouve que l'on a contesté à un créancier hypothécaire le droit de faire pratiquer une Main-mise sur le bien affecté à sa créance : en voici deux autres dans l'espèce desquels on soutenait au contraire, qu'il faut, pour agir valablement en Main-mise, avoir une hypothèque sur le fonds qui en est l'objet.

Le prince Jean-François-Desiré de Nassau-Siégen, mort le 17 décembre 1699, fit, le 24 mai 1698, un testament, par lequel il laissa une rente de 1400 écus brabant à sa troisième femme, pour lui tenir lieu de douaire, avec faculté de l'asseoir sur telle de ses terres qu'elle jugerait à propos. Aussitôt après son décès, la princesse sa douairière obtint, à la prévôté de Maubeuge, une commission de Main-mise qu'elle fit pratiquer sur la terre de Villers-Messire-Nicole. Le prince Guillaume-Hyacinthe, fils et héritier universel du testateur, attaqua cette Main-mise. Débouté de sa demande par deux sentences du prévôt de Maubeuge des 19 février 1701 et 25 février 1702, il en appela au parlement de Flandre, où elles furent confirmées par arrêt du 9 août suivant. — Sa prétention fut renouvelée par ses successeurs. En 1754, le tuteur du prince Charles-Henri-Nicolas-Othon et de la princesse Charlotte-Amicie de Nassau, propriétaires actuels de la même terre, fit assigner tous les créanciers saisissans et renchargeans, pour voir déclarer la Main-mise nulle et de nul effet. Cette demande fit la matière d'un long procès; enfin, par un second arrêt du 5 juin 1764, le parlement de Flandre ordonna que la Main-mise et les sentences d'ordres rendues en conséquence, auraient leur plein et entier effet.

On se prévalait pour les princes de Nassau, de différens moyens, et entre autres de l'art. 1 du ch. 94 des chartes générales du Hainaut, qui défend de vendre, charger ou aliéner un immeuble, si ce n'est par désheritance; or, disait-on, jamais le prince Jean-François-Desiré ne s'est déshérité de la terre de Villers-Messire-Nicole: cette terre a donc passé, libre et sans aucune charge, dans les mains de ses successeurs *ab intestat.* — Ce raisonnement était un pur sophisme : sans doute, il faut une déshéritance en Hainaut pour transmettre un bien en tout ou en partie à un tiers, et par conséquent aussi pour constituer une hypothèque, qui, dans cette coutume, associe en quelque sorte le créancier à la propriété, et l'autorise à faire vendre l'héritage hypothéqué. Mais il ne faut point de déshéritance pour mettre un créancier, porteur d'un titre exécutoire, en état de pratiquer une simple Main-mise, parcequ'elle n'affecte que les fruits à naître, et laisse au débiteur toute sa propriété. Les art. 4 et 20 du ch. 69 des chartes générales en contiennent des dispositions si lumineuses, qu'il est inconcevable comment on a pu soutenir sérieusement le contraire. — [[*V. Expropriation forcée* et *saisie immobilière.*]]

XII. Nous avons dit que l'on ne peut pas agir par Main-mise pour faire décréter une hypothèque valablement constituée ; à plus forte raison donc prendrait-on inutilement cette voie pour parvenir à la constitution même de l'hypothèque. Le parlement de Flandre l'a ainsi jugé par arrêt du 4 mars 1779, au rapport de M. Remi d'Évin. L'espèce de cette décision mérite une attention particulière.

Pierre-Bonaventure Prevôt avait constitué une rente annuelle et perpétuelle de 63 florins au profit de la dame Hattu. Le contrat avait été passé, le 16 juillet 1776, devant notaires et hommes de fiefs; Guislain Ramette, son beau-père, y était intervenu pour le cautionner, et avait promis par le même acte de donner hypothèque à la créancière sur des biens situés à Ecaillon, village du Hainaut, où il était domicilié. — Le 9 mai 1778, la dame Hattu présente à la chancellerie établie près le parlement de Flandre, une requête par laquelle elle demande une commission de Main-mise pour créer une hypothèque sur les biens que Guislain Ramette avait affectés à sa rente. En conséquence, on lui expédie une commission, dont le dispositif est conçu en ces termes : « Nous te mandons et commettons par ces présentes que tu mettes de fait de par nous, où mise de fait a lieu, la suppliante ou son procureur pour elle en tous et quelconques les immeubles, fiefs, terres et héritages appartenans au débiteur; et où la mise de fait n'a lieu, tu saisisses et mettes sous la main de justice, comme sous la nôtre, les immeubles, fiefs et héritages situés dans le pays de Hainaut, ensemble les revenus aux fins que dit est, pour par la suppliante avoir sur iceux l'effet de ses prétentions ». — La dame Hattu fait exploiter sa Main-mise, et donne assignation à Guislain Ramette pour la voir décréter. Guislain Ramette s'y oppose, sur le fondement que la voie de Main-mise est inefficace en Hainaut pour produire hypothèque. La dame Hattu lui répond : « vous êtes non recevable et mal fondé dans votre opposition; non recevable, parceque si je n'acquiers pas une hypothèque valable sur vos biens, cela ne peut regarder que vos créanciers, et vous n'avez aucune espèce d'intérêt à me faire là-dessus la moindre contestation; mal fondé, parceque l'usage du Hainaut autorise l'exploitation des Main-mises à l'effet d'acquérir hypothèque, comme le prouve le dispositif même de ma commission, tiré mot pour

(1) Cette raison est fondée sur des principes qui sont particuliers au Hainaut, et que nous développerons à l'article *Rente*.

Source : BIU Cujas

mot d'un protocole aussi ancien que la chancellerie ». — Guislain Ramette n'a pas eu de peine à détruire ces raisons. « Je suis recevable, a-t-il dit, puisqu'il est de mon intérêt de jouir de mon bien, au lieu de le voir tenu en saisie, suite inévitable de la Main-mise; je suis fondé, parceque les chartes générales, ch. 94, art. 1, ne vous donnent qu'une voie pour acquérir hypothèque, celle de m'obliger à vous passer un acte de déshéritance devant les juges immédiats de la situation, et que les termes mêmes de votre commission prouvent nettement deux choses, l'une, que la mise de fait n'a point lieu en Hainaut, l'autre, que la Main-mise n'y produit que l'effet de mettre en régie les revenus du bien qui en est l'objet ». — Vaincue par ces moyens, la dame Hattu a pris un autre tour. « J'ai pu, a-t-elle dit, me tromper dans mon but, s'il est vrai que ma Main-mise ne puisse pas engendrer hypothèque; mais cette Main-mise n'en doit pas moins subsister, pour m'autoriser à faire séquestrer les revenus de vos biens, dès que vous serez en défaut de me payer. — Ramette a répondu: « Lorsque vous vous êtes pourvue en Main-mise sur mes biens, vous n'avez eu ni la volonté ni le pouvoir de vous procurer une simple sûreté sur les fruits qui en devaient provenir. 1° Vous ne l'avez point voulu, la preuve en résulte de votre requête à la chancellerie; vous y demandez formellement une commission de Main-mise pour acquérir hypothèque. 2° Vous ne l'avez point pu, parceque je n'étais ni suspect de fuite ou d'insolvabilité prochaine, ni en demeure de payer les arrérages de votre rente, et que conséquemment vous ne pouviez saisir à ma charge, ni à fin de sûreté, ni à fin d'exécution ». — Sur ces raisons il est intervenu, de toutes voix, arrêt qui *déboute la demanderesse de ses demandes, fins et conclusions, et la condamne aux dépens.* — [[*V. Hypothèque*, sect. 1, §. 7, et sect. 2.]]

XIII. On a vu plus haut que la déclaration du 2 janvier 1694, rendue en faveur des commissaires aux saisies réelles, suppose, comme une maxime constante en Hainaut, que « la Main-mise doit être enregistrée au greffe de la juridiction de l'autorité de laquelle elle se fait ». Il n'y a cependant pas un seul mot dans les chartes générales qui prescrive cette formalité. L'art. 17 du ch. 69 porte seulement qu'après l'exploitation d'une Main-mise sur un fief, le sergent doit « en avertir le seigneur ou bailli, afin de ne passer aucune déshéritance au préjudice de sondit arrêt, et aussi le censier (fermier) dudit fief, afin de ne payer à autre qu'à lui, à peine de payer deux fois, en leur déclarant la somme pour laquelle ils auraient fait ledit arrêt, et aussi le nom du trayant ». L'art. 18 ajoute qu'il doit être fait *publication* des Main-mises sur francs-alleux, *par attache de billets à l'église paroissiale prochaine de la situation, et advertance au louager.* Le même article ordonne que les Main-mises sur mainfermes seront notifiées aux mayeur et échevins du lieu où ils sont situés, et signifiées pareillement au fermier qui les occupe. Mais ni ces deux articles, ni aucun autre des chartes générales, ne font mention de l'enregistrement des Main-mises; et par conséquent, il semble que l'on ne doit pas regarder cette formalité comme nécessaire en Hainaut.

Néanmoins, il faut convenir que l'usage de toute la province en a disposé autrement. M. Dubois d'Hermanville nous apprend qu'il a été produit dans une instance jugée au parlement de Flandre le 15 mai 1691, une consultation de plusieurs avocats de Mons, « certifiant que l'usage constant avait interprété le terme d'*advertance* en obligation d'enregistrer; et que cet usage avait d'autant plus de force, qu'il était conforme au droit commun: *certiorare est actis publicis inserere, ut indè publicum sit testimonium* ».

La déclaration du 2 janvier 1694, dans le passage que nous venons d'en citer, renferme à la fois une preuve très claire et une approbation implicite de ce même usage.

Le Hainaut autrichien a même là-dessus une loi expresse. Voici ce que porte l'art. 10 d'un edit de l'empereur Charles VI, du 14 décembre 1739, enregistré au conseil souverain de Mons le 22 du même mois: « Les baillis, greffiers, maires et autres qui sont chargés de tenir note des arrêts ou saisies qui se font sous leur ressort, seront obligés de les insérer exactement et par ordre de date dans leurs registres, à peine de 12 liv. d'amende pour chaque défaut; et pour la plus grande facilité du public, ces registres se remettront successivement à ceux qui remplaceront lesdits baillis, greffiers et maires ».

Il ne faut cependant pas conclure de là, qu'une Main-mise non enregistrée soit toujours nulle. Il est certain, au contraire, qu'elle est valable, non seulement contre le débiteur sur qui elle a été pratiquée, mais même à l'égard des créanciers entre eux. C'est ce qui résulte de l'art. 15 du ch. 69 des chartes générales: « S'il advenait que plusieurs fissent traite à divers sergens sur une même personne, la vente des biens meubles et maniement des immeubles appartiendra à celui qui aura premier arrêté, montré sa commission et sommé le mayeur, vicomte, prévôt ou lieutenant, pour les meubles et mainfermes où iceux seront assis et situés, et pour fief au seigneur dont il serait tenu, ou à son bailli ». — Si, comme le prouve ce texte, le défaut de notification, c'est-à-dire, l'omission d'une formalité prescrite par les chartes, ne produit d'autre effet que de donner à tel sergent, plutôt qu'à tel autre, l'administration du bien tenu en Main-mise, il est clair que l'omission de l'enregistrement, qui n'a été introduit que par l'usage, et qui n'est que le complément de la notification, ne doit pas régulièrement opérer la nullité de la Main-mise. Aussi trouvons-nous dans une note manuscrite sur l'article cité, que le conseil souverain de Mons a jugé par deux arrêts différens, que « l'omission d'enregistrement des Main-mises ne fait

Source : BIU Cujas

pas post-poser l'arrêtant premier à un postérieur, cela ne regardant que l'administration du sergent». — Le premier de ces arrêts a été rendu le 7 mai 1676, entre les créanciers du nommé Wisnacq; le second, le 28 juillet 1703, entre le sieur Vanderbeken, et le sieur Disembart (1).

Quel est donc, en cette matière, l'effet du défaut d'enregistrement? C'est ce qu'il est bien facile de déterminer.-- L'omission d'une formalité doit emporter la privation de l'objet pour lequel la formalité a été introduite, et rien de plus. Or, la notification de la Main-mise a pour but, suivant l'art. 17 du ch. 69 des chartes générales, d'empêcher les officiers à qui elle est faite, *de passer aucune déshéritance au préjudice de l'arrêt* pratiqué sur le fonds: ainsi, toutes les fois qu'on la néglige ou qu'on ne la fait point dans la forme prescrite par l'usage, et conséquemment toutes les fois qu'elle n'est point suivie d'enregistrement, la Main-mise ne doit apporter aucun obstacle à la validité des aliénations ou déshéritances que le débiteur fait de son bien après qu'elle a été pratiquée; et le créancier saisissant doit être post-posé, soit au tiers-acquéreur, soit au créancier qui a pris hypothèque.

C'est ce qui a été jugé par deux arrêts: l'un, rendu au conseil souverain de Mons en mai 1688, entre le sieur Biseau, et le sieur de Marlière; l'autre, émané du parlement de Flandre, le 11 août de la même année, entre les jésuites de Valenciennes, et le sieur de Sassignies. — Le premier est rapporté dans la note manuscrite que nous avons déjà citée. — Voici l'espèce du second, telle qu'on la trouve dans le recueil de M. Dubois d'Hermanville.

Les jésuites de Valenciennes étaient créanciers d'une rente de deux cent cinquante livres hainaut, constituée par le comte de Villerval. Dès 1642, ils avaient pratiqué une Main-mise sur la terre de Sassignies, appartenante à ce seigneur, et ils avaient omis de la faire enregistrer. En 1647, la sœur et unique héritière du comte de Villerval avait vendu la terre de Sassignies au baron de Roisin, père du baron de Sassignies. Les choses en cet état, sentence intervint au bailliage du Quesnoy, par laquelle les jésuites furent colloqués sur les fruits de cette terre, quoique possédée par un tiers-acquéreur. Mais le baron de Sassignies en ayant interjeté appel, l'arrêt cité a mis l'appellation et ce au néant, émendant, a déclaré les jésuites non recevables et mal fondés dans leur prétention, et les a condamnés aux dépens. — Les jésuites n'en sont pas restés là; ils ont pris des lettres de révision contre l'arrêt, et ont élevé par-là une nouvelle instance, dans laquelle la question dont il s'agissait, a été envisagée par les juges sous un point de vue tout différent. Ils sont convenus unanimement que, dans la thèse générale, il faut qu'une Main-mise soit enregistrée, pour avoir effet contre un tiers-acquéreur; « qu'autrement un acquéreur de bonne foi serait trompé et circonvenu par le juge, qui l'adhérite en lui recélant la saisie et arrêt; et que dans ce cas, celui qui est adhérité n'est pas tenu des arrêts qui lui ont été recélés ». (Ce sont les termes de M. Dubois d'Hermanville.) Mais comme la formalité de l'enregistrement n'est point établie par une disposition expresse des chartes, et qu'elle doit uniquement son introduction à un usage fondé sur la nécessité de faire connaître la Main-mise aux tiers-acquéreurs, il n'est pas permis de douter que l'on ne puisse la remplir par équipollence, et conséquemment qu'une Main-mise non enregistrée ne doive nuire à un tiers-acquéreur, lorsqu'elle lui a été notifiée d'une manière quelconque avant son adhéritance: or, dans l'espèce actuelle, continue M. Dubois d'Hermanville, « l'acquéreur n'a pas ignoré la créance, la saisie et les arrêts, même dans le temps de l'achat; le créancier lui était délégué pour le paiement du prix, et il y avait eu un jugement qui le condamnait d'en vider ses mains». En conséquence, par arrêt rendu le 15 mai 1691, les chambres assemblées, le parlement de Flandre a déclaré qu'erreur était intervenue dans celui du 11 août 1688; ce faisant, a mis l'appellation au néant, et a ordonné que la sentence du bailliage du Quesnoy sortirait effet.

De ces deux arrêts combinés l'un avec l'autre, il résulte clairement qu'une Main-mise non enregistrée ne produit régulièrement aucun effet contre une déshéritance postérieure; mais que la notification qui en est faite, par quelque voie que ce soit, à celui en faveur duquel se passe la déshéritance, le constitue en mauvaise foi, et fait subsister la Main-mise contre lui.

XIV. L'art. 17 du chap. 69 des chartes générales ordonne, comme on l'a vu, qu'il soit établi une *mortegarde* à chaque Main-mise réelle; de là est venue, dans l'instance de révision dont nous venons de parler, la question de savoir si cette formalité devait se présumer dans la Main-mise des jésuites de Valenciennes, dont l'acte n'en faisait pas une mention expresse. — La raison de douter paraissait écrite dans le texte même de la loi; mais, dit l'arrêtiste, comme «l'acte contenait que toutes les solennités avaient été dûment gardées et observées, après en avoir exprimé plusieurs, comme d'avoir levé racine et gazon, piqué et haussé une fois, seconde et tierce, la cour a présumé en faveur de l'acte, *ut potiùs valeat quàm pereat*. Celui qui l'impugne, doit prouver le contraire; et l'acte étant judiciaire, et faisant foi de son contenu, on ne peut l'arguer de faux que par une inscription formée suivant l'ordonnance». — Il y a au mot *Devoirs de loi*, §. 1, n. 16, des principes et des arrêts qui s'appliquent ici naturellement.

[[XV. Toutes les dispositions des chartes du Hainaut sur la Main-mise, sont devenues sans objet, depuis qu'est abrogée la défense qu'elles faisaient d'exproprier le débiteur qui ne s'était pas déshérité préalablement. *V. Clain*, §. 1.]]

(1) Le même tribunal a cependant jugé le contraire le 19 mai 1688.

Source : BIU Cujas

* MAIN-MORTE. Il est fort difficile, pour ne pas dire impossible, de donner une définition exacte et précise jusqu'à un certain point de ce mot, parcequ'il s'entend en général de deux façons différentes. — Par la première, on entend, comme on le verra à l'article *Main-morte* (*gens de*), tous les corps et communautés qui sont perpétuels, et qui, par une subrogation de personnes, étant censés être toujours les mêmes, ne produisent aucune mutation par mort, et ne peuvent disposer de leur bien sans y être autorisés par le prince ou la justice.— Par la seconde, on entend un droit seigneurial, ou plutôt un droit que les seigneurs se sont très anciennement arrogé par la force, ou par la pauvreté de ceux qui s'y sont soumis, et en vertu duquel les vassaux sont de condition servile, attachés à la glèbe, privés quelquefois du droit de disposer de leurs biens, obligés de les laisser au seigneur, et quelquefois aussi poursuivis par ce seigneur, en quelque endroit qu'ils aillent faire leur résidence; ce qui a été réglé différemment suivant les différentes coutumes, raisons pour lesquelles on ne peut définir bien précisément ce mot. Au reste, c'est sous ce dernier point de vue qu'on va le traiter ici.

I. Si l'on voulait remonter à l'origine du droit de Main-morte, il faudrait dépouiller tout ce qu'en ont dit les présidens Favre, Doncien et Bouhier, Revel, Collet, Colombet, Bailly, Dunod, Raviot, Bannelier, Legrand, sur la coutume de Troyes; Coquille, sur celle de Nivernais; Taisand, sur celle de Bourgogne, et feuilleter nos historiens: mais après des recherches si longues, aurait-on des idées bien nettes sur ce point? La diversité des coutumes, la contrariété des avis de plusieurs grands hommes sur la même matière, ne ferait qu'augmenter l'incertitude, au lieu de la diminuer. Bornons-nous donc à voir sommairement l'état actuel de la Main-morte, ou du moins de ce qui en reste en France.

C'est un principe généralement avoué, que toutes personnes sont libres en France; le mot *franc*, dit Rochette, sur la coutume de Troyes, emporte avec lui toute franchise et liberté. Notre état naturel est donc la franchise et la liberté, et cet état n'a donc pu changer que par la force ou par des conventions particulières. On ne peut pas se dissimuler que la Main-morte, dans son origine, ne vienne de la force et de l'abus du pouvoir, dans les siècles barbares où les grands tenaient les petits dans l'esclavage le plus rude, et se servaient d'eux pour défricher la terre, comme aujourd'hui nous nous servons des animaux: insensiblement on adoucit un peu cet esclavage, on donna à ces esclaves un certain canton de terre à défricher à leur profit, et on apposa à ce prétendu don la condition qu'on voulut. Le seigneur puissant crut faire encore beaucoup de grace à son esclave, en lui concédant un peu de terre en friche, à condition d'y rentrer s'il mourait sans enfans; et l'esclave accablé se trouva, pour le moment, trop heureux encore de souscrire aux conditions les plus dures, pour pouvoir respirer un instant, et changer un mal excessif contre un mal encore très sensible, mais cependant bien moins que le premier.

De là, les auteurs favorables à la Main-morte ont pris occasion de dire que ce n'était autre chose qu'un contrat *do ut des;* que les seigneurs avaient par-là tiré de la misère ceux auxquels ils avaient donné des terres. — Le président Bouhier, d'ailleurs si savant, si respectable et si bon jurisconsulte, n'a pu résister à l'envie d'exalter ce droit, qu'il n'a vu qu'avec les yeux de la prévention; et voici comme il en parle: — « D'ailleurs, le bien public, en cela, s'accorde avec celui des seigneurs; car, suivant la remarque judicieuse de Godefroi, *rei publicæ interest ut censiti terræ inhærent.* Tout le monde sait que le fondement principal des revenus d'un Etat, dépend du produit des terres. Il faut donc avoir attention qu'elles soient bien cultivées: et l'expérience nous apprend qu'elles le sont avec plus de soin dans les lieux de Main-morte que dans les autres, où le plus souvent elles tombent en friche faute de cultivateurs... uniquement occupés de l'agriculture, on ne les voit point se fatiguer en procès, ou aspirer à des possessions qui les détournent du métier de leurs pères. Ils ne songent qu'à faire fructifier la terre et à multiplier le nombre des citoyens, qui fait en même temps la force et la richesse de l'Etat; ainsi, loin de les plaindre, comme on fait communément, il faudrait s'écrier avec le poëte: *O fortunatos nimiùm, sua si bona norint, agricolas* »!

Cela sans doute est très bien dit; mais il faut convenir, malgré le respect qui est dû à si juste titre au président Bouhier et à ses ouvrages qui sont pleins de science, d'honnêteté et de sentiment de bien public, que s'il est avantageux pour un homme qui n'a rien, de trouver un seigneur qui lui donne quelques arpens de terre à défricher, il est bien difficile de se récrier sur le bonheur de cet homme, et de le regarder comme trop heureux, *felices nimiùm*, si on lui fait payer ce soulagement personnel et momentané, par la perte de sa liberté et de celle de sa postérité jusqu'à la fin des siècles.

Mais voyons comment en ont pensé d'autres auteurs d'un poids au moins égal au président Bouhier; et, pour opposer un magistrat à un autre, on va rapporter ce que M. Séguier, avocat général, en a pensé dans la cause du nommé Truchot, contre le marquis de La Tournelle. Ce savant magistrat, après avoir puisé dans notre histoire, dans notre droit féodal et dans nos meilleurs auteurs, l'origine, la nature et les progrès de la Main-morte; après avoir rapporté avec la plus exacte fidélité tout ce que ceux qui l'adoptent en ont pu dire de plus favorable, continue, et dit: « Faisons plutôt parler l'humanité; c'est à nous seuls qu'il appartient de se servir de cette expression, c'est dans ce seul tribunal qu'on peut réclamer

Source : BIU Cujas

ses droits, parceque vous la protégez. Alarmée de se trouver trop élevée par le génie, sans voir son élévation, elle ne craint que sa chute, elle marche plus sûrement à l'abri de la justice; partout ailleurs gémissante, elle vous inspire ici, et vous la faites triompher; c'est dans son cœur que nous devons puiser nos maximes; elle vous parle par notre bouche, et c'est elle qui vous répète ces maximes si triviales, mais qui ne sont triviales que parcequ'elles sont le cri général de tous les ordres des citoyens, *odia sunt restringenda, favores sunt ampliandi.* Tout ce qui est odieux, doit être restreint; tout ce qui est favorable, doit être étendu : la Main-morte est odieuse, il faut la supprimer; la liberté est favorable, il faut en quelque façon la forcer ».

Il ne faut pas croire que cette opinion soit l'effet d'un sentiment peu réfléchi; il est le résultat des recherches les plus profondes, et l'on va citer quelques passages des auteurs où ce magistrat les avait puisées.

Didier Hérault, qui a beaucoup travaillé sur le droit de Main-morte, dit que c'est un droit réel; selon lui, il affecte bien un peu la personne, mais il n'y est point inhérent; c'est une exhalaison qui sort du sein de la terre, et qui corrompt la personne tant qu'elle reste sur cette terre; mais celle-là reprend son premier état aussitôt qu'elle s'est éloignée de celle-ci. *Sanè servitus illa personam afficit, non autem à personâ procedit, sed à terrâ quàm persona possidet exhalatur, ut statum personæ corrumpit quamdiù terræ illi adhæret; eâ autem derelictâ, statum suum primogenitum recipit.*

Dumoulin pense de même et adopte le sentiment de Papon, qui dit de la Main-morte, *quòd nil magis impium, nil homine christiano magis indignum esse aut reperiri queat.* Et ce savant jurisconsulte, toujours parlant de la Main-morte personnelle, ajoute, *quam inhumanam et impiam censet Joannes Papo, cujus judicium laudo.* Aussi M. Séguier, dans la cause de marquis de La Tournelle, dont on vient de parler, disoit-il de la Main-morte personnelle : « La douceur de nos mœurs, épurées par des principes d'humanité, nous fait regarder tout ce qui tend à l'esclavage, comme odieux et défavorable; notre religion elle-même, dont la morale respire la liberté, ne nous permet pas d'applaudir aux fondemens et aux effets de cette espèce de servitude ».

Legrand, sur la coutume de Troyes, qui est une de celles qui a les dispositions les plus étendues et les plus claires, s'il y en a sur la Main-morte, convient qu'il y a eu un temps où il y avait des taillables et serfs de poursuite, et par conséquent une Main-morte personnelle; mais il dit : *Nous ne voyons plus à présent aucun serf de poursuite, ils sont entièrement abolis dans cette coutume.* Mais, pourquoi sont-ils abolis?..... La coutume n'a point changé, on ne l'a point abrogée par une nouvelle. Non sans doute; mais c'est que des Français, ou si l'on veut, des hommes, ont rougi d'exercer sur leurs semblables une pareille tyrannie; et que la douceur de nos mœurs et l'esprit de liberté, qui est notre apanage, ont secoué ce joug odieux et insupportable.

Collet lui-même, dans son explication des statuts de Savoie, plein des maximes de Favre, Doncieux, Colombet et Revel, et très favorable à la Main-morte en général, dit (*remarque* 1, liv. 3, sect. 1, page 16 des *statuts de Savoie*), qu'*il y aurait bien plus à dire contre la taillabilité personnelle, que M. Revel traite plus doucement que l'autre;* et il conclut, après un raisonnement très sensé, qu'il n'est pas possible qu'il y ait encore des familles d'esclaves qui n'aient jamais recouvré leur liberté; il défend la Main-morte réelle, c'est-à-dire, celle qui tire son origne d'une concession ancienne faite par un seigneur à un homme dans la misère, de quelques arpens de terre, à condition de la cultiver, d'y demeurer attaché, et que le seigneur la reprendra, si celui auquel il l'a donnée, meurt sans enfans mâles. *Qu'y a-t-il en cela*, dit-il, *contre l'équité?* Il finit cet article en disant : *Je ne rapporte pas quantité d'autres exemples pour faire voir que la Main-morte d'à-présent et la taillabilité réelle n'ont rien de si odieux qu'il faille se prévenir contre les seigneurs qui veulent la soutenir.* D'après ces mots, il est clair que Collet lui-même, ainsi que tout le monde, a pensé qu'il ne peut plus y avoir de Main-morte personnelle en France, parcequ'il ne peut plus y avoir d'esclaves, et que la Main-morte *personnelle* est un véritable *esclavage.*

Ducange, dans son Glossaire, que l'on peut regarder comme un des plus savans et des meilleurs ouvrages de ce siècle, donne au mot *Manus-mortua* des explications et des remarques très sensées et très savantes, et il en donne aussi la définition la plus vraisemblable qu'il est possible d'en donner. — *Variè autem hæc vox in consuetudinibus et apud practicos sumitur; nam Manus-mortua interdùm ipsos homines spectat, quos Manús-mortuæ vulgò dicunt; interdùm prædia ipsa, quæ bona Manús-mortuæ appellant. — Homines Manús-mortuæ sunt servi glebæ, quibus uti diximus, de bonis suis testamento cavere fas non est, perindè ac Latinis libertis apud Romanos, qui (ut ait Salvianus, lib. 3, ad ecclesiam catholicam), negato ultimæ voluntatis arbitrio, etiam quæ superstites habebant, morientes donare non poterant. Redit igitur hominum Manús-mortuæ hereditas, si absque liberis decedant, ad dominum in cujus Manu-mortuâ esse dicuntur. — Manus-mortua rursùm ipsæ prædia spectat, cùm aliquis scilicet alicujus aut ecclesiæ dominio hâc se conditione addixit, servum se esse professus est, vel cùm id juris in eadem prædia ex longi temporis præscriptione habet dominus, id est, cùm ea prædia servituti sunt obnoxia jure constituti vel præscriptionis.* — Telle est la distinction que ce savant auteur fait en général de la Main-morte réelle et

Source : BIU Cujas

personnelle ; mais, en parlant de la dernière, il rapporte un passage d'une charte de l'abbé Suger, de l'an 1162, qui s'explique ainsi : *Exactio consuetudinis pessimæ, quæ Manus-mortua dicitur ;* et un autre passage d'une chronique d'un évêque d'Autun, de la même année 1162, qui dit : *Servitus Manûs-mortuæ, lineæ humani generis inhumana :* d'où l'on doit conclure qu'il pensait, comme Collet que nous venons de citer, comme vingt autres auteurs du premier mérite, et enfin comme tous les gens raisonnables, qu'il ne doit plus y avoir et qu'il n'y a plus, en France, de Main-morte personnelle.

En effet, la jurisprudence des arrêts en a aboli jusqu'aux moindres vestiges. On trouve dans Chopin un arrêt du parlement de Paris, que cet auteur appelle *luculentum arrestum*, lequel, contre le sentiment de Bacquet, infirme une sentence du bailliage de Mâcon qui avait « maintenu les prieur et couvent de Saint-Pierre de Gigny au comté de Bourgogne, dans l'hoirie universelle, biens meubles et immeubles, *en quelque part qu'ils fussent situés et assis*, demeurés par le décès d'André Monard, issu de père et aïeul Main-mortables et de serve condition, et en cette qualité échus et avenus audit prieur de Gigny ».

Mais si l'on veut un arrêt encore plus positif et plus récent, et qui fixe d'une manière plus précise la façon dont on doit penser sur le droit de Main-morte et sur-tout sur la Main-morte *personnelle*, et celle dont le parlement de Paris l'envisage, il suffit de jeter les yeux sur son arrêt du 17 juin 1760, confirmatif d'une sentence qui faisait main-levée aux héritiers de Pierre Truchot, de l'opposition du marquis de La Tournelle, qui prétendait que cette succession lui était échue, sous le prétexte que ce Truchot, étant fils de condition servile, selon lui, était serf lui-même. La cause fut plaidée pendant huit audiences : on rapporta de part et d'autre des autorités d'un grand poids ; on fit les recherches les plus savantes : M. Séguier parla avec la profondeur, le raisonnement et l'éloquence que tout le monde lui connaît ; il discuta avec la plus grande étendue les opinions différentes et les principes sur la Main-morte ; c'était dans la coutume de Nevers, la plus impérieuse de toutes en cette matière et celle qui conserve plus qu'aucune autre des vestiges de personnalité dans la Main-morte, qui voudrait tenir encore au droit de poursuite, et qui semble ne laisser à son main-mortable aucun moyen de s'affranchir de cet esclavage, banni depuis si longtemps de l'heureuse contrée où nous avons le bonheur de vivre ; il pesa tout au poids du sanctuaire, et se détermina contre le seigneur : enfin la cour adopta par son arrêt ses conclusions tout d'une voix, et fonda pour toujours le système si naturel de la liberté, sur-tout, et c'est-là le mot décisif, quand on ne possède point d'héritages sujets à la Main-morte.

On pourrait, si l'on ne craignait pas d'être trop prolixe, rapporter encore beaucoup d'autres arrêts conformes à celui dont on vient de donner la connaissance. On se contentera d'en rapporter un très important et postérieur au précédent de huit années ; il est du 18 mai 1769, rendu à la troisième chambre des enquêtes du parlement de Paris : en voici l'espèce. — Marie Ramel Gally, née au village d'Avanchy, en Bugey, terre que le marquis de Ballon possède, et dans laquelle il prétendait que le droit de Main-morte avait lieu, la quitta de très bonne heure pour venir demeurer à Lyon, où elle se mit en service. Sur ses épargnes, au bout de quelque temps, elle se fit une très modique dot, et contracta un premier mariage avec Michel Bonet, maître emballeur à Lyon : le travail des deux époux a suffi pour les faire vivre honnêtement pendant plusieurs années, et pour produire quelque bénéfice à Marie Ramel. — En 1741, elle épousa en secondes nôces Antoine Sandrin, marchand de vin à Lyon ; sa dot, dans ce nouveau contrat, fut de 7,000 livres ; et pour augment de dot, bagues, joyaux et année de viduité, il lui fut donné une pension viagère de 400 liv., exempte de toute imposition. — Ce second mari mourut le 28 juillet 1754 ; sa veuve fit, au mois de septembre 1756, un testament par lequel, après quelques legs pieux et quelques dispositions en faveur des quatre enfans de Sandrin, son second mari, elle institua pour ses héritiers ses deux neveux. Il y eut entre ces héritiers et un particulier qui prétendait les exclure ou partager avec eux, quelques procédures dont il n'est pas ici question. — Au bout de quelques années, le marquis de Ballon, seigneur d'Avanchy, où avait autrefois habité Marie Ramel Gally, se réveilla, prétendit que la succession de cette femme lui appartenait à titre d'échutte et comme sa main-mortable, en vertu de son prétendu droit de poursuite, et présenta une requête à la sénéchaussée de Lyon, par laquelle il réclama la succession de cette femme, et prit des conclusions très étendues. On écrivit de part et d'autre ; la cause fut appointée par sentence du 22 mai 1764 ; et le 11 août de la même année, il intervint une sentence, sur les conclusions du ministère public, par forclusion, qui adjugea au marquis de Ballon la succession de Marie Ramel Gally par droit d'échutte en Main-morte ; en conséquence, l'envoia en possession. — Sur l'appel de cette sentence au parlement de Paris, on instruisit ; il y eut des mémoires imprimés, entre autres un pour le nommé Truffet, l'un des héritiers institués, où les principes de la Main-morte sont développés, et les autorités réunies ; et sur tout cela, la matière bien examinée, la troisième chambre des enquêtes infirma la sentence de la sénéchaussée de Lyon, et adjugea la succession de Marie Ramel Gally à Truffet son neveu, qu'elle avait institué son héritier. — Il a donc encore été jugé dans cette espèce, qu'il n'y avait point et ne pouvait pas y avoir, en France, de Main-morte personnelle ni de droit de suite ou d'esclavage.

Source : BIU Cujas

II. Couronnons cet article intéressant pour l'humanité, en mettant sous les yeux de nos lecteurs l'édit du mois d'août 1779 :

« Louis..... Constamment occupé de tout ce qui peut intéresser le bonheur de nos peuples, et mettant notre principale gloire à commander une nation libre et généreuse, nous n'avons pu voir sans peine les restes de servitude qui subsistent dans plusieurs de nos provinces ; nous avons été affecté, en considérant qu'un grand nombre de nos sujets, servilement encore attachés à la glèbe, sont regardés comme en faisant partie, et confondus, pour ainsi dire, avec elle ; que, privés de la liberté de leurs personnes et des prérogatives de la propriété, ils sont mis eux-mêmes au nombre des possessions féodales ; qu'ils n'ont pas la consolation de disposer de leurs biens après eux ; et qu'excepté dans certains cas rigidement circonscrits, ils ne peuvent pas même transmettre à leurs propres enfans le fruit de leurs travaux ; que des dispositions pareilles ne sont propres qu'à rendre l'industrie languissante, et à priver la société des effets de cette énergie dans le travail, que le sentiment de la propriété la plus libre est seul capable d'inspirer. — Justement touché de ces considérations, nous aurions voulu abolir sans distinction ces vestiges d'une féodalité rigoureuse ; mais nos finances ne nous permettant pas de racheter ce droit des mains des seigneurs, et retenu par les égards que nous aurons dans tous les temps pour les lois de la propriété, que nous considérons comme le plus sûr fondement de l'ordre et de la justice, nous avons vu avec satisfaction, qu'en respectant ces principes, nous pouvions cependant effectuer une partie du bien que nous avions en vue, en abolissant le droit de servitude, non seulement dans tous les domaines en nos mains, mais encore dans tous ceux engagés par nous et les rois nos prédécesseurs, autorisant à cet effet les engagistes qui se croiraient lésés par cette disposition, à nous remettre les domaines dont ils jouissent, et à réclamer de nous les finances fournies par eux ou par leurs auteurs. — Nous voulons de plus, qu'en cas d'acquisition ou de réunion à notre couronne, l'instant de notre entrée en possession dans une nouvelle terre ou seigneurie, soit l'époque de la liberté de tous les serfs ou main-mortables qui en relèvent ; et pour encourager, en ce qui dépend de nous, les seigneurs de fiefs et les communautés à suivre notre exemple, et considérant bien moins ces affranchissemens comme une aliénation, que comme un retour au droit naturel, nous avons exempté ces sortes d'actes des formalités et des taxes auxquelles l'antique sévérité des maximes féodales les avait assujettis. — Enfin, si les principes que nous avons développés, nous empêchent d'abolir sans distinction le droit de servitude, nous avons cru cependant qu'il était un excès dans l'exercice de ce droit, que nous ne pouvions différer d'arrêter et de prévenir ; nous voulons parler du droit de suite sur les serfs et main-mortables, droit en vertu duquel des seigneurs de fiefs ont quelquefois poursuivi, dans les terres franches de notre royaume et jusque dans notre capitale, les biens et les acquêts de citoyens éloignés depuis un grand nombre d'années du lieu de leur glèbe et de leur servitude ; droit excessif que les tribunaux ont hésité d'accueillir, et que les principes de justice sociale ne nous permettent plus de laisser subsister. Enfin, nous verrons avec satisfaction, que notre exemple, et cet amour de l'humanité si particulier à la nation française, amènent, sous notre règne, l'abolition générale des droits de Main-morte et de servitude, et que nous serions ainsi témoin de l'entier affranchissement de nos sujets, qui, dans quelque état que la Providence les ait fait naître, occupent notre sollicitude et ont des droits égaux à notre protection et à notre bienfaisance. A ces causes....., voulons et nous plaît ce qui suit :

» Art. 1. Nous éteignons et abolissons dans toutes les terres et seigneuries de notre domaine, la Main-morte et condition servile, ensemble tous les droits qui en sont des suites et des dépendances : voulons qu'à compter du jour de la publication des présentes, ceux qui, dans l'étendue desdites terres et seigneuries, sont assujettis à cette condition, sous le nom d'*hommes de corps*, de *serfs*, de *main-mortables*, de *mortaillables*, de *taillables*, ou sous telle autre dénomination que ce puisse être, en soient pleinement et irrévocablement affranchis ; et qu'à l'égard de la liberté de leurs personnes, de la faculté de se marier et de changer de domicile, de la propriété de leurs biens, du pouvoir de les aliéner ou hypothéquer, et d'en disposer entre-vifs ou par testament, de la transmission desdits biens à leurs enfans ou autres héritiers, soit qu'ils vivent en commun avec eux, ou qu'ils en soient séparés, et généralement en toutes choses, sans aucune exception ni réserve, ils jouissent des mêmes droits, facultés et prérogatives qui, suivant les lois et coutumes, appartiennent aux personnes franches, notre intention étant que, dans toutes lesdites terres et seigneuries, il n'y ait plus désormais que des personnes et des biens de condition franche, et qu'il n'y subsiste aucun vestige de la condition servile ou main-mortable.

» 2. La disposition de l'article précédent sera exécutée dans nos domaines engagés ; et si quelques uns de nos engagistes se croient lésés, il leur sera libre de nous remettre les domaines par eux tenus à titre d'engagement ; auquel cas ils seront remboursés des finances qu'ils justifieront avoir été payées par eux ou par leurs auteurs.

» 3. Lorsque par la suite, il sera acquis à notre domaine, à quelque titre que ce soit, de nouvelles terres et seigneuries dans lesquelles le droit de servitude ou Main-morte aura lieu, ledit droit sera éteint et supprimé ; et les habitans et tenanciers de ces terres en seront affranchis dès l'instant que nous ou les rois nos successeurs serons devenus propriétaires desdites terres et seigneuries.

Source : BIU Cujas

» 4. Les héritages main-mortables situés dans nos terres et seigneuries, ou dans nos domaines engagés et possédés par des personnes franches ou main-mortables (lesquels héritages deviendront libres, en vertu de la disposition des art. 1, 2 et 3 ci-dessus), seront, à compter de la même époque, chargés, envers nous et notre domaine, d'*un sou* de cens par arpent seulement; ledit cens emportant lods et ventes, conformément à la coutume de leur situation.

» 5. Les seigneurs, même les ecclésiastiques et les corps et communautés qui, à notre exemple, se porteraient à affranchir de ladite condition servile et main-mortable, telles personnes et tels biens de leurs terres et seigneuries qu'ils jugeront à propos, seront dispensés d'obtenir de nous aucune autorisation particulière, et de faire homologuer les actes d'affranchissement en nos chambres des comptes ou ailleurs, ou de nous payer aucune taxe ni indemnité, à cause de l'abrègement ou diminution que lesdits affranchissemens paraîtraient opérer dans les fiefs tenus de nous; desquelles taxe ou indemnité nous faisons pleine et entière remise.

» 6. Nous ordonnons que le droit de suite sur les main-mortables demeurera éteint et supprimé dans tout notre royaume, dès que le serf ou main-mortable aura acquis un véritable domicile dans un lieu franc : voulons qu'alors il devienne franc au regard de sa personne, de ses meubles et même de ses immeubles qui ne seraient pas main-mortables par leur situation ou par des titres particuliers. Si donnons en mandement, etc. ». (M. Guyot.)*

[[III. L'exemple que le monarque avait donné par cette belle loi aux seigneurs, fit peu de prosélytes. Mais dix ans après, l'assemblée constituante fit justice de leur inhumanité : par l'art. 1er de ses décrets du 4 août 1789, elle abolit sans indemnité *tous les droits et devoirs tant féodaux que censuels, qui tenaient à la Main-morte réelle ou personnelle et à la servitude personnelle, et ceux qui les représentaient.*

Cette disposition fut développée en ces termes par le tit. 2 de la loi du 15 mars 1790 :

« *Art.* 1. La Main-morte personnelle, réelle ou mixte, la servitude d'origine, la servitude personnelle du possesseur des héritages tenus en Main-morte réelle, celle de corps et de poursuite, les droits de taille personnelle, de corvée personnelle, d'échute, de vide-main, le droit prohibitif des aliénations et dispositions à titre de vente, de donation entre-vifs ou testamentaire, et tous les autres effets de la Main-morte réelle, personnelle ou mixte, qui s'étendaient sur les personnes ou les biens, sont abolis sans indemnité.

» 2. Néanmoins tous les fonds ci-devant tenus en Main-morte réelle ou mixte, continueront d'être assujettis aux autres charges, redevances, tailles, ou corvées réelles, dont ils étaient précédemment grevés.

» 3. Lesdits héritages demeureront pareillement assujettis aux droits dont ils pouvaient être tenus en cas de mutation par vente, pourvu néanmoins que lesdits droits ne fussent pas des compositions à la volonté du propriétaire du fief dont ils étaient mouvans, et n'excédassent point ceux qui ont accoutumé être dus par les héritages non main-mortables tenus en censive dans la même seigneurie, ou suivant la coutume.

» 4. Tous les actes d'affranchissement par lesquels la Main-morte réelle ou mixte aura été convertie, sur les fonds ci-devant affectés de cette servitude, en redevances foncières et en droits de lods ou mutations, seront exécutés selon leur forme et teneur, à moins que lesdites charges et droits de mutation ne se trouvassent excéder les charges et les droits usités dans la même seigneurie, ou établis par la coutume ou l'usage général de la province, relativement aux fonds non main-mortables tenus en censive.

» 5. Dans les cas où les droits et charges réelles mentionnés dans les deux articles précédens, se trouveraient excéder le taux qui y est indiqué, ils y seront réduits; et sont entièrement supprimés les droits et charges qui ne sont représentatifs que des servitudes purement personnelles.

» 6. Seront néanmoins les actes d'affranchissement faits avant l'époque fixée par l'art. 33 ci-après (*c'est-à-dire, avant la publication des lettres-patentes du 2 novembre* 1789, *données sur les décrets du 4 août précédent*), moyennant une somme de deniers, ou pour l'abandon d'un corps d'héritage certain, soit par les communautés, soit par les particuliers, exécutés suivant leur forme et teneur.

» 7. Toutes les dispositions ci-dessus, concernant la Main-morte, auront également lieu en Bourbonnais et en Nivernais pour les tenures en bordelage, et en Bretagne pour les tenures en mote et en quevaise... »

De ces sept articles, il ne reste plus que le 1er et le 7e.

Les art. 2, 3, 4 et 5 sont abrogés par les lois des 17 juillet 1793, 2 octobre suivant, et 7 ventose an 2, qui abolissent sans indemnité tous les droits féodaux et censuels que les lois précédentes avaient maintenus.

Et l'abrogation de l'art. 6 est prononcée en ces termes, par l'art. 3 de la loi du 25 août 1792 : — « Tous les actes d'affranchissement de la Main-morte réelle ou mixte, et tous autres actes équivalens, sont révoqués et annullés. Toutes redevances, dîmes ou prestations quelconques établies par lesdits actes, en représentation de la Main-morte, sont supprimées sans indemnité; tous corps d'héritage cédés pour prix d'affranchissement de la Main-morte, soit par les communautés, soit par les particuliers, et qui se trouvent encore entre les mains de ci-devant seigneurs, seront restitués à ceux qui les auront cédés; et les sommes de deniers promises pour la même cause, et non encore payées aux ci-devant seigneurs, ne pourront être exigées ».]]

Source : BIU Cujas

MAIN-MORTE (GENS DE). On appelle ainsi les communautés, les corps et les établissemens publics dont l'existence se perpétue par la subrogation toujours successive des personnes qui les composent ou les administrent.

Tous les gens de Main-morte, à la seule exception des communautés d'habitans, ont cela de commun qu'ils ne peuvent exister que par l'autorisation de la loi; et que la loi peut, quand il lui plaît, les anéantir, en retirant l'autorisation qu'elle leur avait d'abord accordée.

Ils ont encore cela de commun, sans exception quelconque, qu'ils ne peuvent acquérir aucun immeuble, aucune rente sur particuliers, s'ils n'en ont préalablement obtenu la permission expresse du souverain.

Ces deux règles n'ont pas toujours été observées avec le soin que commande l'intérêt de la société; et il a fallu des lois sévères pour les remettre en vigueur.

Ces lois sont de deux sortes: il y en a de générales pour toute la France; il y en a de particulières aux ressorts des parlemens de Metz, de Douai, de Nancy, à la Belgique autrichienne, et au pays de Liége.

[[Nous passerons d'abord en revue ces diverses lois; et ce sera l'objet des six premiers paragraphes de cet article. — Le §. 7 sera destiné à l'examen des questions mixtes qui peuvent résulter de leurs différences. — Nous exposerons dans le §. 8, l'état actuel de la législation française sur cette matière. — Le §. 9 aura pour objet l'administration des biens des gens de Main-morte, et les règles auxquelles sont assujetties les constructions nouvelles qu'il y a lieu d'y faire.]]

§. I. *Lois générales de la France sur les établissemens et les acquisitions des gens de Main-morte.*

L'édit du mois d'août 1749 renouvelle toutes les dispositions des lois précédentes sur ces deux objets, et y ajoute les mesures les plus propres à en assurer l'exécution. Voici ses termes:

« Louis..... le désir que nous avons de profiter du retour de la paix, pour maintenir de plus en plus le bon ordre dans l'intérieur de notre royaume, nous fait regarder comme un des principaux objets de notre attention, les inconvéniens de la multiplication des établissemens de gens de Main-morte, et de la facilité qu'ils trouvent à acquérir des fonds naturellement destinés à la subsistance et à la conservation des familles; elles ont souvent le déplaisir de s'en voir privées, soit par la disposition que les hommes ont à former des établissemens nouveaux qui leur soient propres, et fassent passer leur nom à la postérité, avec le titre de fondateur, soit par une trop grande affectation pour des établissemens déjà autorisés, dont plusieurs testateurs préfèrent l'intérêt à celui de leurs héritiers légitimes. Indépendamment même de ces motifs, il arrive souvent que par les ventes qui se font à des gens de Main-morte, les biens immeubles qui passent entre leurs mains, cessent pour toujours d'être dans le commerce, en sorte qu'une très grande partie des fonds de notre royaume se trouve actuellement possédée par ceux dont les biens ne pouvant être diminués par des aliénations, s'augmentent au contraire continuellement par de nouvelles acquisitions. Nous savons que les rois nos prédécesseurs, en protégeant les établissemens qu'ils jugeaient utiles à leur État, ont souvent renouvelé les défenses d'en former de nouveaux sans leur autorité; et le feu roi, notre très honoré seigneur et bisaïeul, y ajouta des peines sévères par ses lettres-patentes en forme d'édit du mois de décembre 1666. Il est d'ailleurs dans notre royaume un genre de biens, tels que les fiefs et les censives, dont les établissemens, même les plus autorisés, pouvaient être contraints à vider leurs mains, parcequ'en diminuant par l'acquisition qu'ils en faisaient, les droits dus à notre domaine, ils diminuaient aussi ceux des seigneurs particuliers, lorsque les fonds acquis étaient dans leur mouvance; et ils ne pouvaient s'affranchir de cette obligation, qu'en obtenant des lettres d'amortissement, qui ne devaient leur être accordées qu'en connaissance de cause, et toujours relativement au bien de l'État; mais ce qui semblait devoir arrêter le progrès de leurs acquisitions, a servi au contraire à l'augmenter, contre l'intention du législateur, par l'usage qui s'est introduit de recevoir d'eux, sans aucun examen, le droit d'amortissement qu'ils se sont portés sans peine à payer, dans l'espérance de faire mieux valoir les fonds qu'ils acquéraient, que les anciens propriétaires. La multiplication des rentes constituées sur des particuliers, a contribué encore à l'accroissement des biens possédés par les gens de Main-morte, parcequ'il arrive souvent, ou par la négligence du débiteur à acquitter les arrérages de ces rentes, ou par les changemens qui surviennent dans sa fortune, qu'ils trouvent le moyen de devenir propriétaires des fonds mêmes sur lesquels elles étaient constituées. Ils se sont servis enfin de la voie du retrait féodal pour réunir à leur domaine les fiefs vendus dans leur mouvance; plusieurs coutumes, à la vérité, les ont déclarés incapables d'exercer ce droit; mais le silence des autres donne lieu de former un doute sur ce sujet, qui ne peut être entièrement résolu que par notre autorité. Le meilleur usage que nous puissions en faire dans une matière si importante, est de concilier, autant qu'il est possible, l'intérêt des familles avec la faveur des établissemens véritablement utiles au public; c'est ce que nous nous proposons de faire, soit en nous réservant d'autoriser ceux qui pourraient être fondés sur des motifs suffisans de religion et de charité, soit en laissant aux gens de Main-morte déjà établis, la faculté de nous exposer les raisons qui peuvent nous porter à leur permettre d'acquérir quelques fonds, et en leur conservant une entière liberté de posséder des rentes constituées sur nous ou sur ceux qui sont de la même condition qu'eux,

Source : BIU Cujas

dont la jouissance leur sera souvent plus avantageuse, et toujours plus convenable au bien public, que celle des domaines ou des rentes hypothéquées sur les biens des particuliers. A ces causes.... voulons et nous plaît ce qui suit :

» 1. Renouvelant, en tant que besoin, les défenses portées par les ordonnances des rois nos prédécesseurs, voulons qu'il ne puisse être fait aucun nouvel établissement de chapitres, collèges, séminaires, maisons ou communautés religieuses, même sous prétexte d'hospices, congrégations, confrairies, hôpitaux ou autres corps et communautés, soit ecclésiastiques, séculières ou régulières, soit laïques, de quelque qualité qu'elles soient, ni pareillement aucune nouvelle érection de chapelles ou autres titres de bénéfices, dans toute l'étendue de notre royaume, terres et pays de notre obéissance, si ce n'est en vertu de notre permission expresse portée par nos lettres-patentes, enregistrées en nos parlemens ou conseils supérieurs, chacun dans son ressort, en la forme qui sera prescrite ci-après.

» 2. Défendons de faire à l'avenir aucune disposition par acte de dernière volonté, pour fonder un nouvel établissement de la qualité de ceux qui sont mentionnés dans l'article précédent, ou au profit de personnes qui seraient chargées de former ledit établissement; le tout, à peine de nullité : ce qui sera observé, quand même la disposition serait faite à la charge d'obtenir nos lettres-patentes.

» 3. N'entendons comprendre dans les deux articles précédens, les fondations particulières qui ne tendraient à l'établissement d'aucun nouveau corps, collège ou communauté, ou à l'érection d'un nouveau titre de bénéfice, et qui n'auraient pour objet que la célébration de messes ou obits, la subsistance d'étudians ou de pauvres ecclésiastiques ou séculiers, des mariages de pauvres filles, écoles de charité, soulagement de prisonniers ou incendiés, ou autres œuvres pieuses de même nature, et également utiles au public; à l'égard desquelles fondations, il ne sera point nécessaire d'obtenir nos lettres-patentes, et il suffira de faire homologuer les actes ou dispositions qui les contiendront, en nos parlemens et conseils supérieurs, chacun dans son ressort, sur les conclusions ou réquisitions de nos procureurs généraux. Voulons qu'il soit en même temps pourvu par nosdits parlemens ou conseils supérieurs, à l'administration des biens destinés à l'exécution desdites fondations, et aux comptes qui en seront rendus.

» 4. Ceux qui voudront faire, par des actes entre-vifs, un nouvel établissement de la qualité mentionnée dans l'article premier, seront tenus, avant toute donation ou convention, de nous faire présenter le projet de l'acte, par lequel ils auront intention de faire ledit établissement, pour en obtenir la permission par nos lettres-patentes, lesquelles ne pourront être expédiées, s'il nous plaît de les accorder, qu'avec la clause expresse, que dans l'acte qui sera passé pour consommer ledit établissement, il ne pourra être fait aucune addition ni changement audit projet, qui sera attaché sous le contre-scel de nosdites lettres-patentes; et après l'enregistrement desdites lettres, ledit acte sera passé dans les formes requises pour la validité des contrats ou des donations entre-vifs.

» 5. Déclarons que nous n'accorderons aucunes lettres-patentes pour permettre un nouvel établissement, qu'après nous être fait informer exactement de l'objet et de l'utilité dudit établissement, nature, valeur et qualité des biens destinés à le doter, par ceux qui peuvent en avoir connaissance, notamment par les archevêques ou évêques diocésains, par les juges royaux, par les officiers municipaux, ou syndics des communautés, par les administrateurs des hôpitaux, par les supérieurs des communautés déjà établies dans les lieux où l'on proposera d'en fonder une nouvelle, pour, sur le compte qui nous en sera par eux rendu, chacun en ce qui peut le concerner, suivant la différente nature des établissemens, y être par nous pourvu ainsi qu'il appartiendra.

» 6. Lorsqu'il y aura lieu de faire expédier nos lettres-patentes, pour autoriser l'établissement proposé, il sera fait mention expresse dans lesdites lettres, ou dans un état qui sera annexé sous le contre-scel d'icelles, des biens destinés à la dotation dudit établissement, sans que dans la suite il puisse en être ajouté aucuns autres de la qualité marquée par l'art. 14, qu'en se conformant à ce qui sera réglé ci-après sur les acquisitions qui seraient faites par des gens de Main-morte; ce que nous voulons être pareillement observé, même à l'égard des établissemens déjà faits en vertu de lettres-patentes dûment enregistrées, et ce nonobstant toutes clauses ou permissions générales, par lesquelles ceux qui auraient obtenu lesdites lettres, auraient été autorisés à acquérir des biens fonds indistinctement, ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

» 7. Lesdites lettres-patentes seront communiquées à notre procureur général en notre parlement ou conseil supérieur, dans le ressort duquel ledit établissement devra être fait, pour être par lui fait telles réquisitions, ou pris telles conclusions qu'il jugera à propos; et lesdites lettres ne pourront être enregistrées qu'après qu'il aura été informé à sa requête de la commodité ou incommodité dudit établissement, et qu'il aura été donné communication desdites lettres aux personnes dénommées dans l'art. 5 ci-dessus, suivant la nature dudit établissement, comme aussi aux seigneurs dont les biens seront mouvans immédiatement en fief ou en roture, ou qui ont la haute justice sur lesdits biens, même aux autres personnes dont nos parlemens ou conseils supérieurs jugeront à propos d'avoir l'avis ou le consentement; et se-

Source : BIU Cujas

ront lesdites formalités observées, à peine de nullité.

» 8. Les oppositions qui pourront être formées avant l'enregistrement desdites lettres, comme aussi celles qui le seraient après ledit enregistrement, seront communiquées à notre procureur général, pour y être, sur ses conclusions, statué par nosdits parlemens ou conseils supérieurs, ainsi qu'il appartiendra.

» 9. Désirant assurer pleinement l'exécution des dispositions du présent édit, concernant les établissemens mentionnés dans l'art. 1er, déclarons nuls tous ceux qui seraient faits à l'avenir sans avoir obtenu nos lettres-patentes, et les avoir fait enregistrer dans les formes ci-dessus prescrites. Voulons que tous les actes et dispositions qui pourraient avoir été faits en leur faveur, directement, ou indirectement, par lesquels ils auraient acquis des biens de quelque nature que ce soit, à titre gratuit ou onéreux, soient déclarés nuls, sans qu'il soit besoin d'obtenir des lettres de rescision contre lesdits actes; et que ceux qui se seront ainsi établis, ou qui auraient été chargés de former ou administrer lesdits établissemens, soient déchus de tous les droits résultants desdits actes et dispositions, même de la répétition des sommes qu'ils auraient payées pour lesdites acquisitions, ou employées en constitution de rentes; ce qui sera observé nonobstant toute prescription et tous consentemens exprès ou tacites, qui pourraient avoir été donnés à l'exécution desdits actes ou dispositions.

» 10. Les enfans ou présomptifs héritiers seront admis, même du vivant de ceux qui auront fait lesdits actes ou dispositons, à réclamer les biens par eux donnés ou aliénés. Voulons qu'ils en soient envoyés en possession, pour en jouir en toute propriété, avec restitution des fruits ou arrérages, à compter du jour de la demande qu'ils en auront formée; laissons à la prudence des juges d'ordonner ce qu'il appartiendra, par rapport aux jouissances échues avant ladite demande; et le contenu au présent article aura lieu pareillement après la mort de ceux qui auront fait lesdits actes ou dispositions, en faveur de leurs héritiers, successeurs ou ayant-cause; le tout à la charge qu'encore que la faculté à eux accordée par le présent article, n'ait été exercée que par l'un d'eux, elle profitera également à tous ses cohéritiers ou ayant le même droit que lui, lesquels seront admis à partager avec lui, suivant les lois et coutumes des lieux, les biens réclamés, soit pendant la vie ou après la mort de celui qui aura fait lesdits actes ou dispositions.

» 11. Les seigneurs dont aucuns desdits biens seront tenus immédiatement, soit en fief ou en roture, et qui ne seront pas eux-mêmes du nombre des gens de Main-morte, pourront aussi demander à être mis en possession, avec restitution des jouissances, à compter du jour de la demande qu'ils en formeront; à la charge néanmoins, qu'en cas que les personnes mentionnées en l'article précédent, forment leur demande, même postérieurement à celle desdits seigneurs, ils leur seront préférés, comme aussi que lesdits seigneurs seront tenus de leur remettre lesdits fonds, si lesdites personnes en forment la demande dans l'an et jour, après le jugement qui en aura mis lesdits seigneurs en possession; auquel cas, les fruits échus depuis ledit jugement, jusqu'au jour de ladite demande, demeureront auxdits seigneurs. Voulons que la propriété desdits fonds leur soit acquise irrévocablement, s'il n'a point été formé de demande dans ledit délai; et lorsque lesdits seigneurs seront du nombre des gens de Main-morte, il y sera pourvu ainsi qu'il sera marqué par l'art. suivant.

» 12. Enjoignons à nos procureurs généraux dans chacun de nosdits parlemens et conseils supérieurs, de tenir la main à l'exécution du présent édit, concernant lesdits établissemens; et en cas de négligence de la part des parties ci-dessus, il sera ordonné, sur le réquisitoire de notre procureur général, que, faute par les personnes dénommées en l'art. 10 et par les seigneurs qui ne seraient gens de Main-morte, de former leurs demandes dans le délai qui sera fixé à cet effet, et qui courra du jour de la publication et affiches faites aux lieux accoutumés, de l'arrêt qui aura été rendu, lesdits biens seront vendus au plus offrant et dernier enchérisseur, et que le prix en sera confisqué à notre profit, pour être par nous appliqué à tels hôpitaux ou employé au soulagement des pauvres, ou à tels ouvrages publics que nous jugerons à propos.

» 13. A l'égard des établissemens de la qualité marquée par l'art. 1er qui seraient antérieurs à la publication du présent édit, voulons que tous ceux qui auront été faits depuis les lettres-patentes en forme d'édit du mois de décembre 1666, ou dans les trente années précédentes, sans avoir été autorisés par des lettres-patentes bien et dûment enregistrées, soient déclarés nuls, comme aussi tous actes ou dispositions faits en leur faveur; ce qui aura lieu nonobstant toutes clauses ou dispositions générales, par lesquelles il aurait été permis à des ordres ou communautés régulières d'établir de nouvelles maisons dans les lieux qu'ils jugeront à propos. Nous réservant néanmoins, à l'égard de ceux desdits établissemens qui subsistent paisiblement, et sans aucune demande en nullité formée avant la publication du présent édit, de nous faire rendre compte, tant de leur objet, que de la nature et quantité des biens dont ils sont en possession, pour y pourvoir ainsi qu'il appartiendra, soit en leur accordant nos lettres-patentes, s'il y échet, soit en réunissant lesdits biens à des hôpitaux ou autres établissemens déjà autorisés, soit en ordonnant qu'ils seront vendus, et que le prix en sera appliqué, ainsi qu'il est porté par l'article précédent.

» 14. Faisons défenses à tous les gens de Main-morte d'acquérir, recevoir ni posséder à l'avenir aucuns fonds de terre, maisons, droits réels, rentes foncières ou non rachetables, même des rentes constituées sur des particuliers, si ce n'est après

Source : BIU Cujas

avoir obtenu nos lettres-patentes pour parvenir à ladite acquisition, et pour l'amortissement desdits biens, et après que lesdites lettres, s'il nous plaît de les accorder, auront été enregistrées en nosdites cours de parlemens ou conseils supérieurs, en la forme qui sera observée, nonobstant toutes clauses ou dispositions générales qui auraient pu être insérées dans les lettres-patentes ci-devant obtenues par les gens de Main-morte, par lesquelles ils auraient été autorisés à recevoir ou acquérir des biens-fonds indistinctement, ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

» 15. La disposition de l'article précédent sera observée, même à l'égard des fonds, maisons, droits réels et rentes qui seraient réputés meubles, suivant les coutumes, statuts et usages des lieux.

» 16. Voulons aussi que la disposition de l'art. 14 soit exécutée, à quelque titre que lesdits gens de Main-morte puissent acquérir les biens y mentionnés, soit par vente, adjudication, échange, cession ou transport, même en paiement de ce qui leur serait dû, soit par donation entre-vifs, pure et simple, ou faite à la charge de service ou fondations, et en général pour quelque cause gratuite ou onéreuse que ce puisse être.

» 17. Défendons de faire à l'avenir aucune disposition de dernière volonté, pour donner aux gens de Main-morte des biens de la qualité marquée par l'art. 14. Voulons que lesdites dispositions soient déclarées nulles, quand même elles seraient faites à la charge d'obtenir nos lettres-patentes: ou qu'au lieu de donner directement lesdits biens auxdits gens de Main-morte, celui qui en aurait disposé, aurait ordonné qu'ils seraient vendus ou régis par d'autres personnes, pour en remettre le prix ou les revenus.

» 18. Déclarons n'avoir entendu comprendre dans la disposition des art. 14, 15, 16 et 17 ci-dessus, les rentes constituées sur nous ou sur le clergé, diocèses, pays d'états, villes ou communautés, que lesdits gens de Main-morte pourront acquérir et recevoir, sans être obligés d'obtenir nos lettres-patentes; voulons qu'ils en soient dispensés, même pour celles qui sont acquises par le passé.

» 19. Voulons qu'à l'avenir, il ne puisse être donné ni acquis pour l'exécution des fondations mentionnées en l'art. 3, que des rentes de la qualité marquée par l'art. précédent, lorsque lesdites fondations seront faites par des dispositions de dernière volonté; et si elles sont faites par des actes entre-vifs, il ne pourra être donné ou acquis, pour l'exécution desdites fondations, aucuns des biens énoncés dans l'art. 14, qu'après avoir obtenu nos lettres-patentes, et les avoir fait enregistrer, ainsi qu'il est porté par ledit article; le tout, à peine de nullité.

» 20. Dans tous les cas où il sera nécessaire d'obtenir nos lettres-patentes, suivant ce qui est porté par les art. 14 et 19, elles ne seront par nous accordées, qu'après nous être fait rendre compte de la nature et valeur des biens qui en seront l'objet; comme aussi de l'utilité et des inconvéniens de l'acquisition que lesdits gens de Main-morte voudraient en faire, ou de la fondation à laquelle ils seraient destinés.

» 21. Lesdites lettres-patentes, en cas que nous jugions à propos de les accorder, ne pourront être enregistrées que sur les conclusions de nos procureurs généraux, après qu'il aura été informé de la commodité ou incommodité de l'acquisition ou de la fondation, et qu'il aura été donné communication desdites lettres aux seigneurs dont lesdits biens seraient tenus immédiatement, soit en fief ou en roture, ou qui y auraient la justice; même aux autres personnes dont nosdites cours de parlement ou conseils supérieurs jugeraient à propos de prendre les avis ou consentement; et s'il survient des oppositions, soit avant ou après l'enregistrement desdites lettres, il y sera statué sur les conclusions de nosdits procureurs généraux, ainsi qu'il appartiendra.

» 22. Défendons à tous notaires, tabellions, ou autres officiers, de passer aucun contrat de vente, échange, donation, cession ou transport des biens mentionnés dans l'art. 14, ni aucun bail à rente ou constitution de rente sur des particuliers au profit desdits gens de Main-morte, ou pour l'exécution desdites fondations, qu'après qu'il leur sera apparu de nos lettres-patentes et de l'arrêt d'enregistrement d'icelles, desquelles lettres et arrêt il sera fait mention expresse dans lesdits contrats ou autres actes, à peine de nullité, d'interdiction contre lesdits notaires, tabellions, ou autres officiers, des dommages et intérêts des parties, s'il y échet, et d'une amende qui sera arbitrée suivant l'exigence des cas, laquelle sera appliquée, savoir, un tiers au dénonciateur, un tiers à nous, et un tiers au seigneur dont les biens seront tenus immédiatement; et en cas qu'ils soient tenus directement de notre domaine, ladite amende sera appliquée à notre profit pour les deux tiers.

» 23. Il ne sera expédié à l'avenir aucune quittance du droit d'amortissement qui serait dû pour les biens de la qualité marqué par l'art. 14, s'il n'a été justifié de nosdites lettres-patentes et arrêt d'enregistrement d'icelles, desquelles lettres et arrêt il sera fait mention expresse dans lesdites quittances; ce qui sera exécuté à peine de nullité, et en outre de confiscation au profit de l'hôpital général le plus prochain, des sommes qui auraient été payées pour l'amortissement desdits biens avant lesdites lettres et arrêt. Voulons que ceux qui les auraient payées, ne puissent être admis à obtenir dans la suite des lettres-patentes pour raison des mêmes biens; nous réservant au surplus d'expliquer plus amplement nos intentions sur les cas où le droit d'amortissement sera dû, et sur la quotité dudit droit.

» 24. Défendons à toutes personnes de prêter leurs noms à des gens de Main-morte, pour l'acquisition ou la jouissance des biens de ladite qua-

Source : BIU Cujas

lité, à peine de 3000 livres d'amende, applicable ainsi qu'il est porté par l'art. 22, même sous plus grande peine, suivant l'exigence des cas.

» 25. Les gens de Main-morte ne pourront exercer à l'avenir aucune action en retrait féodal ou seigneurial, à peine de nullité; à l'effet de quoi, nous avons dérogé et dérogeons à toutes lois, coutumes ou usages qui pourraient être à ce contraires, sauf auxdits gens de Main-morte à se faire payer les droits qui leur seront dus suivant les lois, coutumes ou usages des lieux.

» 26. Dans tous les cas dans lesquels les biens de la qualité marquée par l'art. 14, pourraient échoir auxdits gens de Main-morte, en vertu des droits attachés aux seigneuries à eux appartenantes, ils seront tenus de les mettre hors de leurs mains dans un an, à compter du jour que lesdits biens leur auront été dévolus, sans qu'ils puissent les faire passer à d'autres gens de Main-morte, ou employer le prix desdits biens à en acquérir d'autres de la même qualité; et faute de satisfaire à la présente disposition dans ledit temps, lesdits biens seront réunis à notre domaine, si la seigneurie appartenante auxdits gens de Main-morte, est dans notre mouvance immédiate; et si elle relève des seigneurs particuliers, il leur sera permis, dans le délai d'un an après l'expiration dudit temps, d'en demander la réunion à leurs seigneuries; faute de quoi, ils demeureront réunis de plein droit à notre domaine, et les fermiers ou receveurs de nos domaines feront les diligences et poursuites nécessaires pour s'en mettre en possession.

» 27. Pour assurer l'entière exécution des dispositions portées par les art. 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21 et 25 ci-dessus, concernant les biens de la qualité marquée auxdits articles, voulons que tout ce qui est contenu dans l'art. 9 au sujet des nouveaux établissemens non autorisés, soit observé par rapport aux dispositions ou actes par lesquels aucuns desdits biens auraient été donnés ou aliénés, contre ce qui est réglé par le présent édit, à des gens de Main-morte, corps ou communautés valablement établis, ou pour l'exécution des fondations ci-dessus mentionnées. Voulons pareillement que les personnes dénommées aux art. 10 et 11, puissent répéter lesdits biens, ainsi qu'il est porté auxdits articles; et qu'en cas de négligence de leur part, ils soient vendus, sur la réquisition de notre procureur général, suivant ce qui est prescrit par l'art. 12.

» 28. N'entendons rien innover en ce qui concerne les dispositions ou actes ci-devant faits en faveur des gens de Main-morte légitimement établis ou pour l'exécution desdites fondations, lorsque lesdites dispositions ou actes auront une date authentique avant la publication des présentes, ou auront été faits par des personnes décédées avant ladite publication; et les contestations qui pourraient naître au sujet desdites dispositions ou actes, seront jugées par les juges qui en doivent connaître, suivant les lois et la jurisprudence qui avaient lieu avant le présent édit, dans chacun des pays du ressort de nosdits parlemens ou conseils supérieurs ».

Ces dispositions sont modifiées par une déclaration du 20 juillet 1762, qui est ainsi conçue :

« Louis..... En renouvelant par notre édit du mois d'août 1749, les dispositions des anciennes lois de notre royaume, nous avons prescrit pour les établissemens et acquisitions des gens de Main-morte, les règles qui nous ont paru les plus propres à concilier la faveur que méritent des établissemens faits par des motifs de religion et de charité, avec l'intérêt des familles, il ne nous restait plus qu'à régler différens points qu'il n'avait pas été possible de prévoir dans une loi générale. Après nous être fait rendre un compte exact des doutes qui se sont élevés et des différentes représentations qui nous ont été faites au sujet de notredit édit, nous nous sommes déterminés à expliquer nos intentions par une déclaration qui en fera connaître de plus en plus le véritable esprit, et par laquelle nous donnerons une nouvelle marque de notre protection aux établissemens destinés à procurer des instructions et des secours temporels à nos sujets. A ces causes....., voulons et nous plaît ce qui suit.

» *Art.* 1. Interprétant en tant que de besoin notre édit du mois d'août 1749, déclarons n'avoir entendu comprendre dans la disposition de l'art. 13, les séminaires dont les établissemens ont été faits avant ledit édit, qui demeureront autorisés et confirmés en vertu des présentes; et à l'égard des séminaires que les archevêques et évêques jugeraient à propos d'établir, par la suite, dans notre royaume, voulons que l'art. 1er de notredit édit soit exécuté selon sa forme et teneur.

» 2. Confirmons par ces présentes les érections de cures ou de vicairies perpétuelles qui auraient été faites pour cause légitime avant l'enregistrement dudit édit; voulons que ceux qui en sont pourvus et leurs successeurs continuent à jouir des biens dépendans desdites cures et vicairies perpétuelles qu'ils possédaient paisiblement audit jour, sans qu'ils puissent y être troublés en vertu dudit édit.

» 3. Déclarons avoir entendu comprendre au nombre des fondations mentionnées en l'art. 3 dudit édit, celles des vicaires ou des secondaires amovibles, des chapelains qui ne sont pas en titre de bénéfice, des services et prières, des lits ou places dans les hôpitaux et autres établissemens de charité bien et dûment autorisés, des bouillons ou tables des pauvres des paroisses, des distributions à des pauvres et autres fondations, qui ayant pour objet des œuvres de religion et de charité, ne tendraient pas à établir un nouveau corps, collège ou communauté, ou un nouveau titre de bénéfice : voulons qu'il en soit usé par rapport aux fondations mentionnées au present article, ainsi qu'il est prescrit par l'art. 5 de notredit édit.

» 4. N'entendons empêcher les gens de Main-

Source : BIU Cujas

morte de donner à baux emphytéotiques ou à longues années, les biens à eux appartenans, en observant les formalités en tels cas requises et accoutumées; et lorsque lesdits gens de Main-morte rentreront dans la jouissance desdits biens à l'expiration des baux, ou faute de paiement des rentes et acquittement des charges y portées, ils ne seront tenus d'obtenir nos lettres-patentes.

» 5. Pourront pareillement lesdits gens de Main-morte donner à cens ou à rentes perpétuelles les biens à eux appartenans; mais dans le cas où ils y rentreraient faute de paiement des rentes ou acquittement des charges, ils seront tenus d'en vider leurs mains dans l'an et jour, à compter de celui qu'ils en seront rentrés en possession; et ne pourront, en aliénant de nouveau lesdits biens, retenir sur iceux autres et plus grands droits que ceux auxquels lesdits biens étaient assujettis envers eux avant qu'ils y rentrassent; et sera la disposition du présent article observée dans tous les cas où il aviendra des biens-fonds aux gens de Main-morte, en vertu des droits attachés aux fiefs, justices et seigneuries qui leur appartiennent, et de tous autres droits généralement; et faute par lesdits gens de Main-morte de mettre lesdits biens hors de leurs mains dans l'an et jour, voulons que la disposition de l'art. 26 de notre édit du mois d'août 1749 soit exécutée à cet égard, nous réservant néanmoins de proroger ledit délai, s'il y a lieu, ce qui ne pourra être fait que par lettres-patentes enregistrées dans nos cours de parlemens et conseils supérieurs.

» 6. N'entendons empêcher que les gens de Main-morte ne puissent céder le retrait féodal ou censuel, ou droit de prélation à eux appartenant dans les lieux où, suivant les lois, coutumes et usages, cette faculté leur a appartenu jusqu'à présent; sans néanmoins que ladite cession puisse être faite à autres gens de Main-morte, ni qu'ils puissent recevoir pour prix de la cession autre chose que des effets mobiliers ou des rentes de la nature de celles qu'il leur est permis d'acquérir; dérogeant à cet egard à la disposition de l'art. 25 de l'édit du mois d'août 1749.

» 7. Les communautés religieuses auxquelles il a été permis de recevoir des dots par la déclaration du 28 avril 1693, pourront stipuler que la dot sera payable en un ou plusieurs termes; et que cependant l'intérêt en sera payé sur le pied fixé par nos ordonnances; pourront même renouveler lesdites obligations à l'échéance des termes, si mieux n'aiment convenir que, pour tenir lieu de dot, il sera payé une rente viagère pendant la vie de celle qui sera reçue religieuse; voulons que le paiement de la dot, tant en principal qu'en intérêts, ainsi que les arrérages des rentes viagères constitués par dot, ne puissent être faits qu'en deniers ou effets mobiliers, ou en rentes de la nature de celles qu'il est permis aux gens de Main-morte d'acquérir, sans que lesdites communautés puissent, sous prétexte du défaut de paiement, ni sous aucun autre, acquérir la propriété ou se faire envoyer en possession d'aucun autre immeuble pour l'acquittement desdites dots; et ce nonobstant toutes lois, usages et coutumes à ce contraires, auxquels nous avons dérogé.

» 8. Et désirant pourvoir à ce que les deniers comptans appartenans aux hôpitaux et autres établissemens de charité, aux églises paroissiales, fabriques d'icelles, écoles de charité, tables ou bouillons des pauvres de paroisses, provenans des remboursemens qu'ils auront reçus, des dons et legs qui leur auront été faits, ou de leurs épargnes, ne demeurent pas inutiles entre les mains des administrateurs, les autorisons à remettre lesdits fonds, pourvu qu'ils soient de 250 liv. et au-dessus, entre les mains des receveurs des tailles ou autres receveurs des deniers publics, dont les fonds sont portés médiatement ou immédiatement au trésor royal, chacun dans l'étendue du ressort dans lequel ils exercent leurs fonctions, lesquels les feront passer sans retardement au trésor royal pour y demeurer en dépôt jusqu'à ce que lesdits administrateurs aient trouvé un emploi convenable; et cependant voulons qu'attendu la faveur que méritent lesdits établissemens, il leur en soit par nous payé l'intérêt au denier vingt-cinq, et que lesdits intérêts soient employés dans les états des charges assignées sur lesdites recettes, en vertu des quittances de finance qui leur seront expédiées au trésor royal, et ce sans aucuns frais pour l'expédition desdites quittances, enregistremens ou autres généralement quelconques, dont nous les avons dispensés.

» 9. En considération de la faveur que méritent les hôpitaux et autres établissemens énoncés en l'article précédent, voulons que les dispositions de dernière volonté par lesquelles il leur aurait été donné depuis l'édit du mois d'août 1749, ou leur serait donné à l'avenir des rentes, biens-fonds et autres immeubles de toute nature, soient exécutées, dérogeant à cet égard à la disposition de l'art. 17 dudit édit, sous les clauses, conditions et réserves énoncées dans les articles suivans (1).

» 10. Les rentes ainsi données, léguées aux hô

(1) [[En 1789, Antoine Montagnac fait un testament par lequel il lègue à l'hospice civil de Moissac la moitié d'une maison qui lui appartient dans la ville de Montauban, ou la moitié du prix qui proviendra de la vente de cette maison. — Les administrateurs de l'hospice civil de Moissac demandent la délivrance de ce legs à Joseph Montagnac, héritier du testateur. — Celui-ci soutient que le legs est nul, d'après l'art. 17 de l'édit du mois d'août 1749, remis en vigueur, suivant lui, par une déclaration de 1780 (rapportée ci-après); et un jugement en dernier ressort du 28 fructidor an 10 le décide ainsi; mais les administrateurs se pourvoient en cassation; et le 13 fructidor an 11, arrêt, au rapport de M. Henrion, par lequel, — « Vu l'art. 9 de la déclaration du 28 juillet 1762; attendu que cette disposition abroge, de la manière la plus explicite, l'art. 17 de l'édit de 1749, qui annullait les dispositions de dernière volonté, portant donation d'immeubles aux hôpitaux; — Attendu que voir dans la déclaration de 1780, une dérogation à l'art. 9 de celle de 1762, c'est en choquer également et l'esprit et la lettre, puisque cette déclaration de 1780, uniquement relative aux constitutions de rente,

Source : BIU Cujas

pitaux et autres établissemens mentionnés en l'art. 8, pourront être remboursées par les débiteurs, quand même elles auraient été stipulées non rachetables, et ce sur le pied du denier vingt, lorsqu'elles n'auront pas de principal déterminé. Voulons pareillement qu'elles puissent être retirées par les héritiers et représentans des donateurs dans un an, à compter du jour de l'enregistrement des présentes, pour les dispositions de dernière volonté antérieures à la présente déclaration, et à compter du jour de l'ouverture des successions, pour celles qui seront postérieures.

» 11. Les héritiers et représentans de ceux qui auront donné par disposition de dernière volonté, des immeubles auxdits hôpitaux et autres établissemens ci-dessus énoncés, pourront aussi, dans les mêmes délais portés par l'article précédent, retirer lesdits immeubles, en payant la valeur d'iceux suivant l'évaluation qui en sera faite.

» 12. Faute par lesdits débiteurs, héritiers et représentans, d'avoir fait ce remboursement de rentes, ou payé la valeur desdits immeubles dans le délai ci-dessus, ordonnons que les administrateurs desdits hôpitaux, fabriques et autres établissemens ci-dessus énoncés, seront tenus d'en vider leurs mains dans l'an et jour, à compter de celui où le délai ci-dessus sera expiré, sous les peines portées par l'art. 26 de l'édit du mois d'août 1749, desquelles peines lesdits administrateurs demeureront pareillement garans et responsables, si ce n'est que nous jugeassions à propos de proroger ledit délai dans la forme portée par l'art. 5 ci-dessus.

» 13 Les débiteurs de rentes et les héritiers et représentans des donateurs et testateurs, qui auraient donné ou légué lesdites rentes, ou des biens-fonds et immeubles de toute nature, seront admis à donner en paiement du remboursement desdites rentes, ou pour le prix des immeubles légués ou donnés, qu'ils sont autorisés de rembourser ou retirer par les art. 10 et 11 ci-dessus, des rentes de la nature de celles dont il est permis aux gens de Main-morte de faire l'acquisition par l'art. 18 de l'édit du mois d'août 1749; au moyen de quoi, ils en demeureront libérés, comme s'ils avaient fait lesdits paiemens en deniers comptans. (*V. Legs*, sect. 5, §. 2, n. 1.)

» 14. Voulons que les biens-fonds non amortis, qui seront possédés par les gens de Main-morte, même par les hôpitaux et autres établissemens énoncés en l'art 8, et qu'ils sont obligés de mettre hors de leurs mains, soit en vertu des ordonnances, lois et coutumes du royaume, soit en exécution de notre édit du mois d'août 1749, et de la présente déclaration, soient assujettis à toutes les charges publiques, même que lesdits gens de Main-morte soient tenus de payer la taille pour raison de la propriété et de l'exploitation desdits biens, les vingtièmes et toutes autres impositions généralement quelconques mises ou à mettre, comme s'ils étaient possédés par nos autres sujets non privilégiés pendant le temps que lesdits gens de Main-morte en jouiront, et jusqu'à ce qu'ils les aient mis hors de leurs mains.

» 15. Sera au surplus notre édit du mois d'août 1749 exécuté selon sa forme et teneur, dans toutes les dispositions auxquelles il n'a été apporté aucun changement par ces présentes. Enjoignons à nos procureurs généraux et à leurs substituts, chacun dans leur ressort, de veiller à l'exécution, tant de notredit édit du mois d'août 1749, que de la présente déclaration; et en cas d'inexécution ou de fraude, de poursuivre les contrevenans suivant la rigueur des ordonnances ».

Cette déclaration n'a été enregistrée ni au parlement de Paris, ni à celui de Douai. Mais elle est remplacée, pour la première de ces cours, par une autre déclaration du 26 mai 1774, qui n'en est que la répétition littérale.

Des lettres-patentes du 24 août 1780 ont fait cesser un abus qui s'était introduit, relativement aux rentes sur particuliers, par une fausse interprétation de l'édit de 1749.

« Nous sommes informés (y est-il dit) que plusieurs corps et communautés, tant séculières que régulières, collèges, fabriques, hôpitaux, et même de simples bénéfices, se trouvent aujourd'hui propriétaires de rentes constituées depuis 1749, avec des capitaux d'anciennes rentes dont le remboursement leur aurait été fait par les particuliers qui en étaient débiteurs antérieurement audit édit, et qu'il aurait été procédé auxdites constitutions, sur ce fondement qu'elles ne sont pas mentionnées en termes exprès dans l'édit du mois d'août 1749, au nombre des voies d'acquérir des rentes sur particuliers, interdites aux gens de Main-morte; que si l'intention du feu roi eût été de les défendre par ledit édit, il s'en serait précisément expliqué, conformément à la déclaration du 25 novembre 1743, concernant les ordres religieux et gens de Main-morte établis aux colonies françaises de l'Amérique, dont l'art. 2 porte défenses expresses aux gens de Main-morte d'acquérir des rentes sur particuliers, encore que les deniers de la constitution provinssent de remboursement des capitaux d'anciennes rentes; nous avons jugé à propos de pourvoir à ce que, par une interprétation aussi contraire à l'esprit de l'édit du mois d'août 1749, qu'au sens que présente la généralité des expressions employées dans les art. 14, 15, 16 et 22 dudit édit, la loi ne pût être éludée. Mais en faisant cesser un abus que nous ne pourrions tolérer sans nuire aux vues sages qui ont dicté les dispositions dudit édit, nous avons pensé pouvoir déférer aux supplications qui nous ont été faites par les députés du clergé de notre royaume, assemblés par notre permission en l'année 1775, en relevant ceux des gens de Main-morte

---

dit, et rien de plus, que les corps main-mortables, même les hôpitaux, qui voudront prêter à constitution, ne pourront le faire qu'en versant leurs capitaux dans le trésor public, et constituer que sur l'État; — Et qu'ainsi, il y a dans le jugement attaqué fausse application de cette dernière loi, et violation expresse de l'art. 9 de la déclaration de 1762; — Le tribunal casse et annulle..... ».]]

Source : BIU Cujas

qui ont acquis depuis l'édit du mois d'août 1749, des rentes sur particuliers, avec les deniers provenans du remboursement d'anciennes rentes sur particuliers, et les officiers dont ils ont employé le ministère, des peines portées par l'art. 20 dudit édit. — A ces causes.... Voulons et nous plaît que que les art. 14, 15, 16 et 22 de l'édit donné au mois d'août 1749, soient exécutés suivant leur forme et teneur. Faisons et renouvelons expresses inhibitions et défenses à tous les gens de Main-morte d'acquérir, recevoir ni posséder à l'avenir aucunes rentes constituées sur des particuliers, de quelque manière et pour quelque cause gratuite ou onéreuse que ce puisse être, même par voie de reconstitution des deniers provenans du remboursement de capitaux d'anciennes rentes, si ce n'est après avoir obtenu nos lettres-patentes pour parvenir à ladite acquisition, conformément audit édit et dans la forme y prescrite. Validons néanmoins, pour cette fois seulement, les constitutions sur particuliers qui auraient pu être faites, depuis ledit édit jusqu'au jour de la publication des présentes, par les bénéficiers, corps et communautés ecclésiastiques, collèges, fabriques, hôpitaux et autres établissemens faisant partie du clergé de France, avec les capitaux des rentes constituées sur particuliers antérieurement audit édit, dont il leur aurait été fait le remboursement, pourvu toutefois que les actes et contrats de constitution desdites rentes passés antérieurement audit édit, et les actes de remboursement d'icelles soient rappelés et datés dans les actes et contrats de constitution passés depuis ledit édit, avec les noms des notaires qui les ont reçus, et que lesdits actes et contrats de reconstitution contiennent déclaration expresse que les deniers proviennent de l'extinction et remboursement des anciennes rentes. Voulons que lesdits bénéficiers, corps et communautés ecclésiastiques, collèges, fabriques, hôpitaux et autres établissemens susdits, ne puissent être inquiétés ni recherchés pour raison desdits actes et contrats de reconstitution passés antérieurement aux présentes; les relevant, ensemble les notaires, tabellions ou autres officiers qui auraient reçu les actes et contrats, des peines portées par l'art. 22 dudit édit du mois d'août 1749 ».

§. II. *Loi particulière au ressort du parlement de Metz, sur les établissemens et les acquisitions des gens de Main-morte.*

Il y a, pour le ressort de cette cour, une déclaration du 1er juin 1739, qui contient, à très peu de choses près, les mêmes dispositions que celle du 9 juillet 1738, dont il sera parlé dans le paragraphe suivant.

§. III. *Lois particulières au ressort du parlement de Douai, sur les établissemens et les acquisitions des gens de Main-morte.*

I. Les acquisitions des gens de Main-morte n'ont jamais été regardées d'un œil plus favorable dans les Pays-Bas que dans l'intérieur de la France. Dès l'an 1263, Marguerite de Hainaut et Guy de Dampierre, son fils, rendirent une ordonnance, rappelée dans une autre du 31 octobre 1294, portant défenses aux ecclésiastiques d'acquérir aucuns fiefs, rentes et immeubles. Le 18 mai 1515, Charles-Quint renouvela, par un placard solennel, les défenses faites par ses prédécesseurs, à tous les corps et communautés, d'acquerir sans sa permission expresse *aucuns fiefs, arrière-fiefs, ... rentes, sous-rentes à rachat ou sans rachat, et autres biens temporels.* Ce placard fut suivi de deux autres du même empereur, l'un du 19 octobre 1520, l'autre du 28 février 1528; et les dispositions en furent renouvelées par le placard de Philippe II, du 21 novembre 1587, par celui des archiducs, du 25 novembre 1618, et par deux arrêts de règlement, du parlement de Flandre, des 12 mai 1716, 6 et 10 mai 1730.

Toutes ces lois, quelque précises et multipliées qu'elles fussent, n'étaient, pour les gens de Main-morte, qu'un frein impuissant; mais les lettres-patentes en forme de déclaration, du 9 juillet 1738, ont donné à cette partie de la jurisprudence belgique un état fixe et certain.

Cette déclaration a été rendue spécialement pour le ressort du parlement de Flandre, et elle renferme, à très peu de choses près, les mêmes dispositions, pour l'avenir, que l'édit du mois d'août 1749, qui y a été pareillement enregistré.

On dit *pour l'avenir;* car, relativement au passé, il existe, sur cette matière, de très grandes différences entre le ressort du parlement de Flandre et les autres parties de la France.

II. En effet, par l'art. 28 de l'édit de 1749, le roi déclare qu'il n'entend rien innover aux dispositions faites en faveur des gens de Main-morte légitimement établis, lorsque ces dispositions auront été faites avant la publication de l'édit; et il ordonne qu'à cet égard, on se règlera sur les lois et la jurisprudence observées dans chaque pays avant la même loi. L'art. 26 de la déclaration de 1738 porte au contraire que « les dispositions des art. 23, 24 et 25 (semblables à l'art. 27 de l'édit de 1749), seront exécutées par rapport aux biens dont lesdits gens de Main-morte se sont mis en possession depuis le 1er janvier 1681, sans avoir obtenu de lettres d'octroi, conformément aux lois précédentes ».

On a vu des gens embarrassés pour concilier cet article avec le treizième de l'édit de 1749, et soutenir en conséquence que l'un était abrogé par l'autre; en sorte que l'effet rétroactif dont parle le premier devrait être porté, conformément au second, jusqu'à l'année 1636.

Mais c'est entendre fort mal des dispositions qui d'elles-mêmes sont assez claires. La déclaration de 1738 n'a d'effet rétroactif à l'année 1681, que pour les cas marqués dans les art. 23, 24 et 25, c'est-à-dire, pour les acquisitions que les gens de Main-

Source : BIU Cujas

morte légitimement établis, peuvent avoir faites depuis cette époque; et l'édit de 1749 n'a d'effet rétroactif à l'année 1636, que pour les établissemens mêmes qui y sont postérieurs, ainsi que pour les acquisitions faites en conséquence.

La jurisprudence belgique a donc cela de commun avec la jurisprudence française, qu'elle fait remonter à l'année 1636, l'effet rétroactif de la prohibition de fonder de nouveaux établissemens sans la permission du roi; et elle a cela de particulier, qu'elle fixe à l'année 1681 l'effet rétroactif de la défense faite aux gens de Main-morte légitimement établis, d'acquérir des immeubles sans lettres d'octroi.

L'effet rétroactif pour les établissemens est porté à l'année 1636, parceque Louis XIV avait, par un édit de 1666, annullé tous les établissemens qui se feraient dans la suite, ou qui auraient été faits dans les trente années précédentes, sans sa permission; et l'effet rétroactif pour les acquisitions des Main-mortes des Pays-Bas, est fixé à 1681, parcequ'un arrêt du conseil, du 1er février de cette année, avait ordonné la recherche et le recouvrement de tous les droits d'amortissement dus pour les acquisitions de cette nature qui avaient été faites dans ces provinces depuis le 1er janvier 1621, jusqu'au 1er janvier 1681.

Ainsi, lorsque les héritiers de ceux qui ont aliéné ou disposé en faveur de gens de Main-morte, veulent revendiquer en vertu de l'art. 26 de la déclaration de 1738, ils doivent prouver que la possession des gens de Main-morte est postérieure au 1er janvier 1681; et tant qu'ils n'en ont point fourni la preuve, les gens de Main-morte peuvent borner leur défense à la maxime, *possideo quia possideo.*

Mais quand ils ont justifié la postériorité des acquisitions à l'année 1681, c'est aux gens de Main-morte à en prouver la légitimité par la représentation des lettres-patentes qui les ont confirmées.

Par une raison contraire et tirée des propres termes de l'art. 26 de la déclaration de 1738, il est évident que dans le cas où il est constaté que les acquisitions sont antérieures à l'année 1681, on doit présumer qu'elles ont été faites légitimement et avec la permission du roi.

III. En donnant à la déclaration de 1738 un effet rétroactif au 1er janvier 1681, le législateur a laissé subsister quatre différences très importantes entre les acquisitions faites avant la publication de cette loi, et celles qui y sont postérieures.

1° Il ne suffit pas pour la validité des acquisitions faites depuis 1738, qu'elles soient autorisées par des lettres-patentes; il faut encore que ces lettres-patentes soient enregistrées dans les parlemens de la situation des biens. Il en est tout autrement des acquisitions faites avant 1738; l'art. 26 de la déclaration citée, et l'art. 1er d'un arrêt du conseil du 23 juin 1739, dont on parlera ci-après, n'exigent, pour leur validité, que des lettres d'octroi qui aient été obtenues et mises à exécution *conformément aux lois précédentes.* Or, l'enregistrement n'était alors prescrit par aucune loi pour donner effet aux lettres-patentes portant permission d'acquérir; il suffisait, en ce temps-là, que le prince fît connaître sa volonté; il n'était point nécessaire que les tribunaux supérieurs la ratifiassent par leur approbation. On doit donc regarder comme valables toutes les acquisitions faites avant 1738, en vertu de lettres d'octroi non enregistrées dans les cours souveraines. C'est ce qui a été jugé formellement par un arrêt du parlement de Flandre, du 26 novembre 1770, au rapport de M. Hériguer; en voici l'espèce.

Les chartreux de la Bouteillerie avaient obtenu en 1701 des lettres-patentes confirmatives de l'acquisition qu'ils avaient faite depuis 1681, d'une partie de la dime de Steenwerke, paroisse de la châtellenie de Bailleul, tenue en fief de la seigneurie d'Oosthove: ces lettres avaient été adressées et enregistrées au bureau des finances de Lille. Le sieur de Fourmestraux d'Ancarderie, seigneur d'Oosthove, a donné une requête au parlement, le 30 août 1769, pour faire ordonner la réunion de cette dîme au gros de son fief, conformément aux art. 24 et 26 de la déclaration de 1738. Il fondait cette demande sur ce que les lettres d'octroi de 1701, n'ayant point été enregistrées au parlement, ainsi que le prescrivent différens articles de la même loi, devaient être regardées comme nulles et de nul effet. Les chartreux ont répondu, que les lettres obtenues par eux en 1701, remplissaient le vœu des lois de ce temps-là; que la formalité de l'enregistrement dans les cours souveraines n'avait été prescrite que par des réglemens postérieurs, auxquels on ne pouvait pas donner d'effet rétroactif à cet égard. L'arrêt cité a débouté le seigneur de sa demande, et l'a condamné aux dépens.

IV. 2° Par l'art. 23 de la déclaration de 1738, confirmée en ce point par les art. 9 et 27 de l'édit de 1749, les gens de Main-morte sont privés du droit de répéter les sommes qu'ils pourraient avoir payées pour des acquisitions faites après l'enregistrement de cette loi. Mais par l'art. 26, le roi n'accorde aux personnes nommées dans les art. 23 et 24, le droit de revendiquer les biens acquis illégitimement depuis le 1er janvier 1681, qu'à la charge de rendre aux gens de Main-morte ce qu'ils justifieront avoir payé pour faire ces acquisitions: et en cas que ces biens soient vendus sur la réquisition de M. le procureur général, suivant l'art. 25, les gens de Main-morte doivent toucher le prix qui en provient, sans cependant pouvoir le remployer autrement qu'en acquisition de rentes sur le roi, le clergé ou d'autres gens de Main-morte.

V. 3° La troisième différence que met la déclaration de 1738 entre les acquisitions illégales faites après sa publication, et celles qui ont été faites dans l'intervalle de cette époque à l'année 1681, consiste en ce que les premières doivent être dé-

Source : BIU Cujas

clarées nulles sur-le-champ et sans laisser aux gens de Main-morte le temps de les faire ratifier par des lettres-patentes ; au lieu qu'à l'égard des secondes, l'art. 26 de la même loi permet à ceux des gens de Main-morte qui se trouveront possesseurs paisibles, sans qu'il y ait eu aucune demande formée contre eux avant l'enregistrement de cette déclaration, de se retirer devant le roi, dans l'année de cet enregistrement, pour y être pourvu par sa majesté ainsi qu'il appartiendra ; faute de quoi et ce temps passé, les parties nommées dans les art. 23, 24 et 25, doivent obtenir purement et simplement leur demande en revendication.

Cette disposition a été développée par des lettres-patentes sur arrêt, du 23 juin 1739, enregistrées au parlement de Flandre le 29 juillet suivant. Voici comment elles sont conçues.

« *Art.* 1. Les gens de Main-morte du ressort du parlement de Flandre, qui, au 31 octobre 1738, jour de l'enregistrement de ladite déclaration, étaient en possession paisible et sans qu'il y eût aucune demande formée contre eux avant ledit jour, des biens par eux acquis ou à eux donnés depuis le 1er janvier 1681, pour lesquels ils n'auraient pas obtenu des lettres d'octroi, suivant les lois précédentes, seront tenus de remettre aux sieurs intendans et commissaires départis pour l'exécution des ordres de sa majesté en Flandre et en Hainaut, que sa majesté a commis et commet à cet effet, chacun dans son département, les demandes qu'ils auraient déjà présentées à sa majesté, ou qu'ils pourront présenter ci-après, pour être confirmés dans la possession desdits biens, ensemble les contrats et actes en vertu desquels ils en jouissent, et autres pièces justificatives ; le tout dans le temps qui reste à expirer du délai d'un an porté par l'art. 26 de ladite déclaration, lequel délai sera compté à commencer dudit jour 31 octobre 1738, jusques et compris le 31 octobre 1739, après lequel jour ils ne pourront plus y être reçus sous quelque prétexte que ce soit.

» 2. Lesdits sieurs intendans et commissaires départis feront inscrire sur un registre par eux coté et paraphé, le jour que les demandes et pièces mentionnées dans l'article précédent, auront été remises par lesdits gens de Main-morte, dont il leur sera donné un extrait certifié desdits sieurs intendans; voulons qu'en cas que les gens de Main-morte qui auront satisfait au contenu en l'article précédent dans le délai y porté, soient troublés dans la possession desdits biens, avant qu'il ait été par nous statué sur leurs demandes, il leur soit accordé, en rapportant ledit extrait ainsi certifié, un délai compétent, pendant lequel il sera sursis au jugement des demandes qui seraient formées contre eux à cet égard.

» 3. Après que lesdits sieurs intendans et commissaires départis auront examiné lesdites demandes et pièces qui auront été jointes, il nous les enverront avec leurs avis, pour être lesdites demandes accordées ou rejetées, ou y être autrement par nous pourvu, ainsi que nous jugerons à propos.

» 4. Il sera arrêté des états en notre conseil, concernant lesdites demandes et ce qui aura été décidé sur chacune, et il en sera envoyé une expédition à notre cour de parlement de Flandre, pour être déposée dans ses registres et y avoir recours quand besoin sera. Voulons que lorsqu'il paraîtra par lesdits états, que quelques unes des demandes y mentionnées auront été rejetées, il soit passé outre au jugement des demandes qui pourront être formées par les parties intéressées ou par le seigneur immédiat, pour rentrer dans la possession desdits biens, ou qu'il soit ordonné qu'ils seront vendus, le tout conformément à notredite déclaration, et ce, nonobstant toutes surséances qui auraient été accordées auxdits gens de Main-morte avant notre décision, sans qu'il puisse leur en être accordé aucune, sous quelque prétexte que ce soit, après que lesdits états auront été envoyés en notredite cour de parlement de Flandre; ce qui sera observé, à peine de nullité de tout ce qui serait fait au préjudice de la présente disposition ».

Les états dont parle ce dernier article, ont été arrêtés le 2 mai 1747; et ils ont été revêtus de lettres-patentes du 12 du même mois, enregistrées au parlement de Flandre le 8 mai 1760; mais le conseil n'y a pas compris toutes les demandes proposées par les gens de Main-morte, en exécution de l'art. 26 de la déclaration de 1738 ; il en est plusieurs sur lesquels il n'a point encore été fait droit.

VI. D'après toutes les dispositions que nous venons de parcourir, on voit clairement le parti que les juges doivent prendre lorsqu'il est question de statuer sur la validité d'une acquisition antérieure à la déclaration de 1738.

On doit pour cela examiner deux choses; la première, si l'acquisition subsistait paisiblement lors de l'enregistrement de la loi citée; la seconde, si l'on s'est conformé dans le temps aux dispositions de l'art. 26 de la même loi et des lettres-patentes du 23 juin 1739 : si l'une de ces conditions manque, on doit prononcer de suite la nullité de l'acquisition.

Pour que la première de ces deux conditions soit censée remplie, il faut que les gens de Main-morte se soient trouvés, au temps de la publication de la déclaration de 1738, *en possession paisible des biens* acquis par eux avant cette époque, *sans qu'il y ait eu aucune demande formée contre eux* auparavant. C'est la disposition textuelle de l'art. 26 de la déclaration et de l'art. 1er des lettres-patentes.

On a agité à ce sujet la question de savoir si une demande formée avant l'enregistrement de la déclaration, mais terminée par une transaction antérieure à cette loi, doit être regardée comme un obstacle à ce que les gens de Main-morte, en faveur desquels elle a été passée, obtiennent valablement, en conséquence des articles cités, la

Source : BIU Cujas

confirmation de l'acquisition qui était l'objet de cet acte. La négative serait incontestable, si la déclaration de 1738 n'exigeait, de la part des gens de Main-morte, qu'une possession paisible au temps de sa publication; mais comme elle demande encore qu'il n'y ait eu aucune revendication intentée avant la même époque, il paraît qu'il en doit être de même dans le cas proposé, que dans celui où il se serait trouvé une contestation engagée dans le temps de la publication de la loi. C'est ce qu'ont jugé deux arrêts bien remarquables. — Le premier a été rendu le 12 juillet 1741, au rapport de M. de Mullet, entre les enfans de Jacques-Ignace Descamps et le sieur Libert, d'une part; le curé de Saint-Sauveur de Lille et les administrateurs de la charité de la même paroisse, d'autre. Ceux-ci en ont demandé la cassation au conseil; mais leur requête a été rejetée par arrêt du 18 février 1743. — Le second arrêt est intervenu le 6 août 1763, au rapport de M. de Pollinchove, entre les héritiers du sieur Cornille et les administrateurs du vrai Mont-de-Piété de Lille.

Lorsqu'il s'agit de faire droit sur une demande en revendication intentée contre les gens de Main-morte qui étaient paisibles possesseurs au temps de la déclaration de 1738, et qui se sont conformés dans le terme prescrit, tant à l'art. 26 de cette loi, qu'aux lettres-patentes du 23 juin 1739, la première chose qu'il y a à faire, est de consulter l'état arrêté au conseil, le 2 mai 1747 : si ces gens de Main-morte y sont compris pour les biens qui font la matière du procès, on doit prononcer en leur faveur, lorsque leur demande en ratification se trouve accordée, et à leur désavantage, lorsque cette demande se trouve rejetée.

Mais quel parti doit-on prendre lorsqu'ils ne sont pas compris dans cet état ? Rien de plus simple. Le roi n'a prescrit, pour accorder ses lettres de confirmation aux gens de Main-morte qui sont dans le cas marqué par la déclaration de 1738, aucun terme fatal après lequel il serait censé les avoir refusées. — Il faut donc, en cette circonstance, se conformer à l'art. 2 des lettres-patentes du 23 juin 1739, portant « qu'en cas que les gens de Main-morte qui auront satisfait au contenu en l'article précédent dans le délai y porté, soient troublés dans la possession desdits biens avant qu'il ait été statué par sa majesté sur leurs demandes, *il leur soit accordé*, en rapportant un extrait certifié de l'intendant, *un délai compétent, pendant lequel il sera sursis au jugement des demandes qui seraient formées contre eux à cet égard* ». — Si, après le délai accordé en exécution de cette loi, les gens de Main-morte n'ont pas encore obtenu de lettres de confirmation, rien n'empêche le juge de prononcer définitivement.

C'est ce qu'a fait le parlement de Douai, dans une cause assez singulière par ses circonstances. Il s'agissait de la ferme d'Aix en Pevele, qui avait été vendue par décret en 1708, sur le sieur de La Howarderie : un des gens d'affaires des religieuses de Sainte-Catherine de Sienne à Douai, s'en étant rendu adjudicataire en leur nom, elles l'avaient désavoué et avaient refusé de passer contrat; mais un arrêt du parlement, de la même année, les avait condamnées à garder l'acquisition et à en payer le prix. Cette circonstance n'a pas empêché dans la suite, que le sieur de La Howarderie fils ne se prévalût de la déclaration de 1738, pour revendiquer le bien décrété sur son père. La cause des religieuses était des plus favorables; elles avaient été forcées d'acquérir cette ferme, elles en avaient toujours joui paisiblement, et elles s'étaient mises en règle sur ce que leur prescrivaient l'art. 26 de la déclaration de 1738 et les lettres-patentes de 1739. — Ces motifs ont déterminé le parlement à rendre un arrêt du 10 août 1764, au rapport de M. de Francqueville, qui « ordonne auxdites religieuses de rapporter, dans le terme d'un an, des lettres-patentes confirmatives de leur acquisition, et, faute de ce faire et ledit temps passé, les condamne, dès maintenant comme pour lors, et sans qu'il soit besoin d'autre arrêt, d'abandonner les biens dont s'agit au procès, et d'en laisser la libre jouissance au demandeur, aux offres par lui faites de se conformer à ce qui est prescrit par les lettres-patentes de 1738 ». — En conséquence, les religieuses sollicitèrent des lettres-patentes : l'année s'étant écoulée sans qu'elles eussent pu les obtenir, elles donnèrent une requête au parlement pour avoir un sursis à l'arrêt que nous venons de transcrire : mais leur demande fut rejetée. Le sieur de La Howarderie les somma de déguerpir; et, pour les y contraindre par une exécution *ad factum*, il fit apposer des gardiens dans leur couvent et saisir tous leurs biens. Elles se pourvurent en nullité d'exécution, sur le fondement que ce n'était pas leur faute si le roi n'avait pas encore statué sur leur requête; que la cause de ce retard venait des menées sourdes du sieur de La Howarderie, et de l'opposition qu'il avait formée à leur demande; mais on ne les écouta point, et, par arrêt rendu le 29 novembre 1765, elles furent déboutées de leur opposition à l'exécution dirigée contre elles. — La requête civile parut à leur défenseur une voie propre à le faire rétracter; elles la prirent, mais elles en furent également déboutées par arrêt du 22 janvier 1766, les seconde et troisième chambres assemblées. — Tant de mauvais succès ne les rebutèrent pas; elles se pourvurent au conseil, où elles obtinrent un sursis par arrêt du 14 mars de la même année; mais sur l'opposition qu'y forma le sieur de La Howarderie, le conseil, mieux instruit, leva le sursis le 5 juin 1767, et par-là fit revivre les différens arrêts du parlement de Douai.

Un de ces arrêts a jugé, comme on le voit, que les délais accordés aux gens de Main-morte pour obtenir des lettres confirmatives des acquisitions par eux faites avant le 1er octobre 1738, sont tellement péremptoires, qu'ils ne doivent être ni renouvelés ni prolongés. C'est ce qu'a encore jugé

Source : BIU Cujas

un autre arrêt du 2 décembre 1766, rendu au rapport de M. de Forest, entre le nommé Mollet et les administrateurs du séminaire de Notre-Dame à Douai.

VII. Avant que l'état arrêté au conseil, le 2 mai 1747, eût été envoyé et enregistré au parlement de Flandre, cette cour regardait l'art. 4 des lettres-patentes du 23 juin 1739 comme un ordre implicite de suspendre dans cet intervalle tout jugement contre les gens de Main-morte qui étaient dans une position à pouvoir obtenir des lettres de confirmation; en sorte qu'au lieu de leur fixer un certain terme pour rapporter ces lettres, et d'ordonner que, ce terme écoulé, ils seraient tenus de déguerpir les biens, on déclarait purement et simplement les demandes en revendication non recevables, quant à présent. C'est dans cette forme qu'il a été prononcé en plusieurs occasions remarquables.

Les religieuses Sémériennes de Valenciennes avaient recueilli, en 1701, un legs de plusieurs biens fonds. Poursuivies, pour la première fois, en 1745, par les héritiers du testateur, elles firent voir qu'elles s'étaient conformées dans le temps aux lettres-patentes de 1739 : en conséquence, par arrêt du 13 mars 1747, les héritiers furent déclarés non recevables, quant à présent, dans leur demande, et condamnés aux dépens.

Une sentence de l'official-juge ordinaire de Cambrai, du 20 juin 1740, avait ordonné aux administrateurs d'une fondation faite par le testament du sieur Herlemont, du 3 juillet 1732, « de rapporter dans six mois, pour tout délai, des lettres d'octroi de sa majesté, pour la fondation dudit Herlemont, aux peines portées par les lettres-patentes en forme de déclaration du 9 juillet 1738, et arrêts rendus en conséquence, dépens réservés ». — Le délai porté par cette sentence, s'étant écoulé sans que les administrateurs eussent obtenu du roi la confirmation de l'établissement dont il s'agissait, ils se pourvurent au parlement de Flandre, où il intervint, au rapport de M. de Taffin, un arrêt du 19 juillet 1747, qui, « sans s'arrêter à ladite sentence, a déclaré et déclare les intimés non recevables, ni fondés, quant à présent, dans leurs fins et conclusions; ordonne en conséquence que la fondation dont il s'agit, continuera d'être exécutée jusqu'à ce qu'autrement soit ordonné ». — Cet arrêt suspendit pour quelque temps les poursuites des héritiers du fondateur : mais s'étant aperçus dans la suite que la fondation dont ils provoquaient la nullité, n'était pas comprise dans l'état arrêté au conseil le 2 mai 1747, et enregistré au parlement de Flandre le 8 mars 1760, ils renouvelèrent leurs efforts, et reprirent l'instance par requête du 14 mai 1766. — En ce moment, il n'y avait plus lieu de les déclarer non recevables quant à présent, puisqu'il était certain que le roi n'avait pas confirmé la fondation par l'état dont on vient de parler; il fallait donc s'attacher uniquement à l'art. 2 des lettres-patentes de 1739; c'est aussi ce qu'a fait le parlement de Flandre, en ordonnant, par arrêt du 23 mai 1767, au rapport de M. Hériguer, que les administrateurs de la fondation seraient tenus « de rapporter des lettres d'octroi confirmatives d'icelle, dans le terme d'un an, à compter du jour de la signification du présent arrêt, sinon, etc. ». — Les démarches faites par les administrateurs en conséquence de cet arrêt, n'ont pas été infructueuses; ils ont obtenu des lettres de confirmation au mois de février 1768, et elles ont été enregistrées le 22 avril suivant. — Les héritiers ont formé opposition à l'enregistrement. Ils se sont fondés, entre autres moyens, sur le principe consacré par les arrêts de Sainte-Catherine de Sienne et du séminaire de Notre-Dame, cités ci-dessus, que les délais en cette matière sont péremptoires; ils concluaient de là, que l'arrêt du 23 mai 1767 n'avait pas pu accorder aux administrateurs un nouveau terme pour faire confirmer la fondation; d'où ils tiraient la conséquence, que leurs lettres de confirmation étaient subreptices et contraires aux règles reçues en cette matière : mais ce moyen n'a pas produit plus d'effet que les autres. Les héritiers ont été déboutés de leur opposition, par arrêt rendu au rapport de M. l'abbé de Dion. — Il est aisé de sentir le bien jugé de cette décision. 1° L'arrêt du 23 mai 1767 subsistait dans toute sa force; il n'avait été attaqué ni par la voie de cassation, ni par celle de révision, ni par requête civile. 2° Cet arrêt n'avait point porté atteinte au principe, que les délais accordés aux gens de Main-morte pour se pourvoir de lettres de confirmation, doivent être péremptoires : il avait été jugé en 1747, que l'official-juge ordinaire de Cambrai n'avait pu ni dû, dans l'état des choses, fixer aux administrateurs un terme dans lequel ils eussent à rapporter des lettres d'octroi : ainsi, le délai porté par la sentence de ce juge, devait être regardé comme non avenu; et, par une conséquence nécessaire, celui qu'avait prescrit l'arrêt du 23 mai 1767, était le premier qu'eussent obtenu les administrateurs.

VIII. Les lois et les principes concernant les délais que l'on doit accorder aux établissemens non autorisés qui subsistaient pareillement avant le premier octobre 1738, ont, comme on le voit par les arrêts rendus dans cette dernière espèce, beaucoup d'analogie avec les règles établies sur les délais que l'on doit fixer par rapport aux acquisitions illégales dont les gens de Main-morte, valablement établis, étaient en possession paisible à la même époque; plusieurs personnes confondent même à cet égard l'un et l'autre objet; c'est une méprise : il existe entre le premier et le second la différence la plus sensible.

On vient de voir que les acquisitions faites illégalement avant 1738, par des gens de Main-morte valablement établis, doivent être déclarées nulles, lorsque deux conditions ne concourent pas ensemble : la première, qu'il n'y ait eu aucune demande formée contre ces acquisitions avant l'enregistrement de la déclaration de 1738; la seconde, que les gens de Main-morte se soient retirés devant

Source : BIU Cujas

le roi dans l'année de cet enregistrement, pour obtenir ses lettres de confirmation.

De ces deux conditions, la première est la seule dont le défaut puisse faire prononcer immédiatement la nullité des établissemens faits sans lettres d'octroi avant 1738. Le défaut d'avoir sollicité dans l'année des lettres de confirmation, n'est point un motif suffisant pour autoriser les juges à déclarer ces établissemens nuls, sans au préalable leur avoir assigné un délai compétent pour se faire confirmer. C'est l'esprit de l'art. 9 de la déclaration de 1738: « Nous réservant néanmoins, à l'égard des établissemens qui subsistent paisiblement et sans aucune demande formée avant la présente déclaration pour les faire déclarer nuls, d'y pourvoir ainsi qu'il appartiendra, après que nous nous serons fait rendre un compte exact de l'objet et qualité desdits établissemens ».

Cet article, comme on le voit, ne prescrit aucun terme fatal après lequel les demandes en confirmation ne seraient plus recevables : on doit donc croire, sur-tout en le rapprochant de l'art. 26 qui en fixe un pour les acquisitions, que l'intention du législateur a été de n'assigner aucune borne précise à la faculté de demander la confirmation des établissemens non autorisés, qui subsistaient paisiblement avant 1738.

Pourquoi cette différence? La raison en est sensible. Le public n'avait point d'intérêt à maintenir les gens de Main-morte dans les acquisitions qu'ils avaient faites sans lettres d'octroi avant 1738; son avantage demandait au contraire que ces biens rentrassent dans le commerce : mais il pouvait être de son intérêt de conserver quelques établissemens dont l'utilité aurait été reconnue; il n'était donc pas juste de faire dépendre l'existence de ces établissemens, du zèle ou de l'inaction de leurs membres ou administrateurs.

Deux arrêts du conseil confirment cette interprétation. Le premier est du 30 décembre 1738 : le roi y expose qu'il s'est fait représenter sa déclaration du 9 juillet précédent; et après avoir rappelé les dispositions de l'art. 9 de cette loi, sa majesté ajoute qu'elle « aurait jugé à propos d'expliquer plus précisément ses intentions sur l'exécution dudit article, et que, pour se mettre en état d'y pourvoir avec connaissance de cause, après avoir pris les éclaircissemens qu'il est de l'intérêt public et même de celui des gens de Main-morte, de lui donner incessamment, pour ne pas laisser plus long-temps leur état incertain, sa majesté a résolu de fixer un délai dans lequel ils seront tenus de représenter leurs titres, et de remettre un état de leurs biens devant les sieurs intendans et commissaires départis pour l'exécution des ordres de sa majesté en Flandre et en Hainaut, afin que, sur l'avis desdits sieurs intendans, elle puisse prendre les résolutions qu'elle jugera les plus convenables ». — En conséquence, le roi « ordonne que, dans trois mois, à compter du jour de la publication qui sera faite du présent arrêt, tous chapitres, colléges ou séminaires, maisons religieuses, hôpitaux, confréries ou autres corps ou communautés ecclésiastiques ou laïques, et généralement tous les gens de Main-morte des pays du ressort du parlement de Flandre, dont l'établissement n'aurait pas été fait en vertu d'une permission portée par des lettres-patentes enregistrées audit parlement de Flandre; comme aussi tous ceux qui seront chargés de l'exécution ou administration des fondations faites pour fournir à perpétuité à la nourriture ou entretien d'un certain nombre d'ecclésiastiques, d'étudians ou de pauvres, lorsque lesdites fondations n'auront pas été faites pareillement en vertu d'une permission portée par des lettres-patentes enregistrées audit parlement, seront tenus de représenter pardevant les sieurs intendans de Flandre et Hainaut, chacun pour ce qui concerne son département, les actes de fondation et autres titres en vertu desquels ils ont été établis; ensemble un état détaillé, signé et certifié véritable, de tous les biens meubles et immeubles qu'ils possèdent, du nombre de personnes qui sont actuellement dans chaque maison ou qui reçoivent des distributions réglées en vertu de chacune desdites fondations, des services, aumônes, pensions ou autres charges dont ils sont tenus; auquel état ils joindront les contrats ou autres actes en vertu desquels ils jouissent desdits biens, à quelque titre et pour quelque cause gratuite ou onéreuse qu'ils s'en soient mis en possession, et autres pièces justificatives, *pour, après qu'il aura été satisfait à tout le contenu au présent arrêt, ou faute d'y satisfaire dans ledit temps de trois mois, être donné avis à sa majesté par lesdits sieurs intendans sur ce qu'ils estimeront le plus convenable, et y être ensuite pourvu par sa majesté ainsi qu'il appartiendra* ».

Comme le délai fixé par ce règlement pouvait paraître trop court, le conseil a rendu, le 23 juin 1739, un autre arrêt qui « ordonne que les gens de Main-morte des pays du ressort du parlement de Flandre, ensemble ceux qui sont chargés de l'exécution ou administration des fondations mentionnées audit arrêt (du 30 décembre 1738), seront tenus, dans trois mois, à compter du jour de la publication qui sera faite du présent arrêt, de se conformer à tout le contenu audit arrêt du conseil du 30 décembre 1738, sans qu'il puisse espérer aucun autre délai ».

Ces arrêts ne prononcent aucune peine proprement dite contre les gens de Main-morte qui ne satisferont pas à leurs dispositions; ils ne puniront point leur négligence, en donnant aux héritiers ou représentans des fondateurs un droit acquis aux biens annexés à ces établissemens; toute la peine, si c'en est une, qu'encourent les gens de Main-morte en cas de refus d'obéir à ces règlemens, c'est d'être jugés sur les seules observations des intendans; et alors même, ils peuvent encore être confirmés par des lettres-patentes émanées du propre mouvement du roi. C'est la décision expresse de l'arrêt de 1738, auquel se réfère celui de 1739:

Source : BIU Cujas

Pour après qu'il aura été satisfait à tout le contenu au présent arrêt, ou faute d'y satisfaire dans ledit temps de trois mois, être donné avis à sa majesté par lesdits sieurs intendans sur ce qu'ils estimeront le plus convenable, et y être ensuite pourvu par sa majesté ainsi qu'il appartiendra.

La jurisprudence du parlement de Flandre vient à l'appui de ces réflexions.

Les administrateurs de la fondation faite par le testament du sieur Herlemont, n'avaient satisfait à aucune disposition des deux arrêts du conseil que l'on vient de transcrire; cependant un arrêt du 23 mai 1767, rapporté plus haut, n. 7, leur a accordé un délai d'un an pour obtenir du roi des lettres de confirmation; ces lettres leur ont été accordées dans le mois de février 1768; et un nouvel arrêt du 22 avril suivant, que l'on a attaqué inutilement par la voie d'opposition, en a ordonné l'enregistrement.

Les sœurs hospitalières qui s'étaient établies au Quesnoy en 1671, sans la permission du souverain, et qui, après la déclaration de 1738, n'avaient fait aucune des démarches prescrites par les règlemens cités, ont cependant obtenu, au mois de mai 1769, des lettres-patentes de confirmation; et l'enregistrement en a été ordonné par arrêt du 9 juillet suivant, malgré l'opposition du baron de Potelles.

On ne peut rien de plus précis que ces deux arrêts. Nous ne cacherons pas cependant qu'il en est intervenu depuis peu un autre qui semble, au premier abord, avoir jugé le contraire. On se rappelle le compte que nous avons rendu à l'article *Institution d'héritier*, sect. 5, §. 1, n. 17, de l'affaire concernant l'établissement d'un *chapelain perpétuel* dans la paroisse de Marcoing, et la fondation du petit séminaire de Cambrai. Les exécuteurs testamentaires du sieur Crul soutenaient que la cour ne pouvait faire droit sur la demande en nullité de ces établissemens, sans au préalable leur avoir accordé un délai pour solliciter auprès du roi des lettres de confirmation; et sur ce qu'on leur opposait qu'ils ne s'étaient pas conformés dans le temps aux dispositions des arrêts du conseil de 1738 et 1739, ils faisaient voir que ces règlemens, destitués d'ailleurs de la forme essentielle de l'enregistrement, ne renfermaient rien qui pût les rendre non-recevables à requérir un délai. Mais tous leurs moyens n'ont produit aucun effet. L'arrêt du 11 mai 1776 a prononcé la nullité des deux fondations; et sa décision a été confirmée d'abord par le conseil d'état, ensuite par le parlement de Flandre lui-même, chambres assemblées.

Cet arrêt a paru extraordinaire à bien des personnes; et il le serait en effet, s'il avait jugé la question que nous agitons ici. Mais il y a tout lieu de croire qu'une circonstance particulière en a motivé les dispositions. — Les héritiers du sieur Crul avaient élevé, avant la déclaration de 1738, plusieurs demandes en revendication contre les deux établissemens dont il s'agit. Ces contestations avaient été terminées respectivement par des transactions des années 1703, 1705, 1707, et par un arrêt de la cour du 29 juillet 1717. A la vérité, il n'était pas prouvé qu'aucun des héritiers eût conclu directement à la nullité de l'une ou de l'autre fondation; et les exécuteurs testamentaires avaient soin d'insinuer que chacun d'eux avait borné ses efforts à des revendications fondées sur une prétendue indisponibilité des biens propres laissés par le sieur Crul. Mais, 1° les exécuteurs testamentaires, qui probablement avaient en mains toutes les pièces de ces procès, n'en produisaient aucune pour justifier ce qu'ils alléguaient à cet égard; 2° ils avouaient eux-mêmes en tête de leur mémoire de révision, que la plupart des biens du sieur Crul lui avaient tenu nature d'acquêts; il n'était donc pas possible, de leur aveu, que les quatre procès intentés par différens héritiers, ne fussent que des revendications de propres indisponibles. — D'après cela, ne peut-on pas assurer que la cour a considéré le petit séminaire de Cambrai et la vicairie de Marcoing comme des établissemens dont la légitimité avait été attaquée avant la déclaration de 1738, et par conséquent, comme incapables, aux termes de l'art. 9 de cette loi, de jouir d'une faveur accordée uniquement aux gens de Main-morte qui n'ont souffert aucun trouble avant cette même époque? Cette circonstance seule suffit pour écarter l'allégation que l'on pourrait faire de l'arrêt du 11 mai 1776 et des deux autres qui l'ont confirmé, contre l'opinion adoptée si formellement par ceux des 23 mai 1767, 22 avril 1768 et 9 juillet 1769.

IX. 4° Quelque général que soit l'effet rétroactif porté par l'art. 26 de la déclaration de 1738, c'est aujourd'hui une jurisprudence constante, qu'il n'affecte point les rentes sur particuliers que les gens de Main-morte avaient acquises antérieurement. Cette exception n'est pas écrite formellement dans le texte même de la loi; mais elle résulte de son esprit. Il suffit, pour le sentir, de bien peser les termes de l'article cité: « Les dispositions des art. 23, 24 et 25 seront exécutées par rapport aux biens dont lesdits gens de Main-morte se sont mis en possession depuis le premier janvier 1681, sans avoir obtenu des lettres d'octroi, *conformément aux lois précédentes, à la charge néanmoins..... de leur rendre ce qu'ils justifieront avoir payé...* »

Ces dispositions prouvent de deux manières, sans réplique, que leur effet rétroactif ne peut pas s'entendre des rentes sur particuliers.

1° Cet effet rétroactif est restreint aux biens que les gens de Main-morte ont acquis ou reçus sans lettres d'octroi, *conformément aux lois précédentes*. Le législateur n'entend donc pas y comprendre les biens que les lois précédentes permettaient aux gens de Main-morte d'acquérir ou de recevoir sans lettres d'octroi. Or, il est d'une notoriété constante, que non seulement les arrêts des cours, mais encore les décisions des anciens sou-

Source : BIU Cujas

verains des Pays-Bas, laissaient l'acquisition des rentes rachetables aussi libre aux gens de Main-morte qu'aux particuliers.

2° La loi veut qu'en évinçant les gens de Main-morte des biens acquis par eux sans lettres d'octroi depuis le premier janvier 1681 jusqu'au premier octobre 1738, on leur restitue ce qu'ils justifieront avoir payé pour ces acquisitions. On ne pourrait donc user de ce droit d'éviction, relativement à une rente constituée, qu'en restituant aux gens de Main-morte ce qu'ils auraient payé pour la constitution. En vain prétendrait-on imputer les arrérages sur le capital : lorsqu'un héritier reprend un immeuble, en vertu de l'art. 26, il est tenu d'en restituer le prix; mais les fruits perçus restent toujours aux gens de Main-morte : il faudrait donc, par la même raison, que le prix de la constitution d'une rente fût rendu, indépendamment des arrérages payés, puisque ces arrérages tiennent lieu de fruits. Quel profit retirerait donc le débiteur d'une pareille éviction ? Aucun, et la chose reviendrait au même que s'il se libérait par un remboursement pur et simple.

Nous avons dit que la jurisprudence avait constamment excepté les rentes sur particuliers de l'effet rétroactif dont il s'agit; en voici les preuves.

La dame de La Falise avait fondé, le 3 août 1696, trois grand'messes, deux obits et une lampe ardente dans l'église de Beauries, succursale de celle de Solres-lès-Château en Hainaut; cette fondation était valable en elle-même; mais comme la dame de La Falise y avait affecté des rentes sur particuliers, la dame de Razoir, son héritière, crut pouvoir les réclamer en vertu de l'art. 26 de la déclaration de 1738. Le prévot de Maubeuge accueillit son système; mais la sentence de ce juge fut infirmée par arrêt rendu le 17 octobre 1744, au rapport de M. Eloi.

Le nommé Bouchy, du village de Saint-Aubert, en Cambresis, devait à la communauté des chapelains de la métropole de Cambrai, une rente qui avait été constituée par son père et sa mère le 25 avril 1733 : poursuivi pour le paiement de deux années d'arrérages, il soutint que la constitution était nulle, que la déclaration de 1738 avait un effet rétroactif pour les rentes comme pour les biens fonds, et qu'en remboursant le capital, on devait lui imputer tous les arrérages qu'il avait payés. Les bailli et hommes de fiefs de Saint-Aubert l'ont débouté de sa demande, et l'ont condamné purement et simplement à payer les arrérages dont il était question; et leur sentence, après avoir été réformée par le bailliage de l'archevêché de Cambrai, a été confirmée par arrêt du mois d'août 1755, au rapport de M. Ofarel.

Le sieur Dirix, demeurant à Bruxelles, était chargé, envers les sœurs grises d'Orchies, d'une rente constituée sans octroi avant 1738 : il en refusait le paiement, et la prétendait nulle. Un arrêt du mois de janvier 1763, rendu au rapport de M. Remi d'Evin, l'a condamné à payer les arrérages qu'il devait, et à continuer le service de la rente jusqu'au remboursement.

Les nommés Pillot, Bouvelle et consors ont opposé les mêmes moyens aux religieuses du Saint-Esprit au Cateau-Cambresis; mais la rente dont il s'agissait, a été déclarée bonne et valable par arrêt du 5 janvier 1767, au rapport de M. de Curgies.

Une semblable contestation s'est élevée entre les marguilliers de l'église de Naves, et Joseph Dupuis, habitant du même endroit. Dambrienne et sa femme avaient constitué au profit de leur paroisse une rente de cent quatre-vingts florins de capital, et ils y avaient hypothéqué leur jardin par devoirs de loi du 10 janvier 1718. Dupuis avait épousé leur fille et reçu le jardin en dot : sur son refus de payer la rente, il fut appelé en justice. L'art. 26 de la déclaration de 1738 fut la seule source où il puisa ses moyens de défense; mais ils furent proscrits par sentence du bailliage de l'archevêché de Cambrai, du 9 octobre 1767, confirmée par arrêt du 24 janvier 1769, au rapport de M. Jacquerie.

Les religieuses de Saint-Lazare au Cateau-Cambresis ont obtenu un arrêt semblable dans le mois de février 1775, au rapport de M. l'abbé de Calonne.

X. L'aliénation que des gens de Main-morte peuvent avoir faite de biens acquis par eux sans lettres-patentes, forme-t-elle une fin de non-recevoir contre les revendications des héritiers ou des seigneurs? Cette question ne présente de toutes parts que difficultés et épines; tâchons de la simplifier par quelques distinctions.

D'abord, il faut nécessairement convenir que les tiers-acquéreurs ne peuvent pas être évincés, lorsqu'ils ont possédé pendant un temps suffisant à la prescription. Il est vrai que les gens de Main-morte sont incapables de prescrire un bien dont la loi leur interdit l'acquisition; mais les particuliers à qui ils le transportent, étant habiles à le posséder, le sont aussi à s'en assurer le domaine par la prescription. Il ne faut pas même distinguer à cet égard si les gens de Main-morte qui ont aliéné, sont valablement établis ou non; dans un cas comme dans l'autre, le tiers-acquéreur peut toujours prescrire, parcequ'il ne faut pour cela qu'un titre coloré, titre qu'opère incontestablement tout acte d'aliénation fait par des personnes incapables de contracter, qu'une erreur involontaire et excusable faisait regarder comme habiles. (Loi 2, D. *de usurpationibus et usucapionibus;* loi 2, §. 15 et 16, D. *pro emptore.*)

Mais lorsque les tiers-acquéreurs n'ont pas prescrit, soit à défaut de titre coloré, soit à défaut d'une possession suffisante, ou enfin par toute autre raison que ce puisse être, peuvent-ils être évincés ? Première difficulté.

En cas de prescription de la part des tiers-acquéreurs, les gens de Main-morte qui ont aliéné, doivent-ils être déchargés, en restituant aux héritiers ou aux seigneurs revendicans, le prix qu'ils

Source : BIU Cujas

ont reçu; ou sont-ils obligés de leur rendre une somme égale à l'estimation que l'on ferait du bien sur le pied de sa valeur actuelle ? Seconde difficulté.

Ces deux questions paraissent très différentes; cependant elles se réduisent l'une et l'autre à celle-ci : Lorsque les gens de Main-morte sur qui on revendique un bien acquis par eux sans lettres d'octroi, se trouvent l'avoir aliéné, doit-on considérer ce bien comme existant encore dans leur possession, en sorte que si le tiers-acquéreur n'a pas prescrit, ils soient obligés de le retirer de ses mains pour le restituer en nature; et qu'en cas de prescription de la part de ce tiers-acquéreur, ils soient au moins tenus d'en fournir la valeur sur le pied de l'estimation qui en serait faite s'ils le possédaient encore, et qu'un obstacle invincible les empêchât d'en faire une restitution réelle ?

Pour résoudre cette question, il faut distinguer les temps où les gens de Main-morte ont aliéné le bien qu'ils avaient acquis illégalement.

Il y a à cet égard trois distinctions à faire : ou l'aliénation est antérieure au premier janvier 1681; ou elle a été faite dans l'intervalle de cette époque, au premier octobre 1738, date de l'enregistrement de la déclaration du 9 juillet précédent; ou enfin elle est postérieure à la promulgation de cette loi.

De ces trois hypothèses, la première et la troisième sont les plus aisées à résoudre.

1° Lorsque les gens de Main-morte ont aliéné avant le 1er janvier 1681, il est certain qu'ils ne peuvent plus être inquiétés par les héritiers de ceux qui leur avaient transmis le bien, ni par le seigneur dont ce bien est tenu. On a vu plus haut que la déclaration de 1738 ne porte point son effet rétroactif au-delà du terme dont nous parlons; et par conséquent, elle laisse subsister, pour tout le temps qui a précédé ce terme, la jurisprudence qui réglait alors les possessions des gens de Main-morte. Or, cette jurisprudence, loin d'interdire aux gens de Main-morte l'aliénation des biens qu'ils avaient acquis sans lettres d'octroi, leur en faisait au contraire une loi expresse et formelle. On croyait alors avoir rempli tout ce qu'exigeaient les lois et les placards, tout ce que pouvait désirer le bien public, en les engageant, en les forçant même à mettre hors de leurs mains toutes leurs possessions illégales. Comment serait-il possible après cela qu'ils fussent encore sujets à des recherches et à des poursuites, à raison des biens qu'ils ont aliénés dans de pareilles conjonctures ? Ils n'ont fait ces aliénations que sous les auspices et par les ordres des arrêts, dont les décisions subsistent pour tout ce qui est relatif à ces anciens temps. *Qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet.* (Loi 167, §. 1, D. *de regulis juris.*)

2° Il en est tout autrement des aliénations postérieures à l'enregistrement de la déclaration de 1738. Cette loi a établi un nouvel ordre de choses et de principes; elle a assuré des droits aux héritiers et aux seigneurs des vendeurs ou donataires, sur les biens que les gens de Main-morte possédaient encore illégalement : elle a même regardé ces droits comme tellement sacrés, qu'elle n'a autorisé le ministère public à faire vendre les biens, qu'après avoir fait fixer un délai aux parens et aux seigneurs pour revendiquer, et avoir fait signifier et afficher, dans les formes les plus solennelles, l'arrêt qui détermine ce délai. Par-là, les gens de Main-morte se trouvent dans un état à ne pouvoir rien faire ni concerter par rapport à leurs possessions non autorisées. S'ils ont fait leur déclaration dans l'année de l'enregistrement de la loi dont il s'agit, ils doivent attendre que le roi ait prononcé sur leur demande en confirmation, ou que, sur la réclamation de l'héritier ou du seigneur, on leur assigne un délai compétent pour rapporter des lettres d'octroi. S'ils ont omis de faire leur déclaration dans l'intervalle du 1er octobre 1738 au 1er octobre 1739, ils ont perdu toute espérance d'obtenir des lettres de confirmation, et conséquemment les héritiers ou le seigneur ont acquis sur les biens des droits inaltérables : en un mot, la déclaration de 1738 leur lie absolument les mains; il n'est donc pas à leur pouvoir d'aliéner au préjudice de ceux qui pourraient réclamer dans la suite.

3° Mais que doit-on décider par rapport aux aliénations faites dans l'intervalle du 1er janvier 1681 au 1er octobre 1738? *Hic labor, hoc opus est.* Si nous consultons les principes, la question est assez douteuse; et si nous recourons aux arrêts, nous ne savons plus quel parti prendre.

Il paraît, au premier abord, que l'on peut appliquer aux aliénations faites dans le temps dont il s'agit, tout ce que nous venons de dire par rapport à celles qui n'ont été faites qu'après l'enregistrement de la déclaration de 1738. En effet, cette loi nous oblige en quelque sorte, par l'effet rétroactif qu'elle se donne à elle-même, art. 26, de considérer toutes les acquisitions faites depuis le 1er janvier 1681, du même œil que si elles étaient postérieures au 1er octobre 1738 : elle les place, pour ainsi dire, en deçà de cette époque, afin qu'on puisse les juger conformément aux dispositions qu'elle renferme; par-là, elle nous force de regarder les gens de Main-morte comme incapables d'avoir acquis aucune propriété depuis le 1er janvier 1681 jusqu'au 1er octobre 1738; et si, comme il ne paraît pas possible d'en douter, l'incapacité absolue d'acquérir emporte celle de transmettre un bien que l'on aurait acquis de fait, n'est-il pas clair que l'on doit regarder les aliénations faites par eux dans l'intervalle dont il s'agit, comme nulles et non avenues ?

Ces raisons sont spécieuses; elles ont même l'avantage d'avoir été adoptées par le plus grand nombre des arrêts rendus sur cette matière.

La demoiselle de Vauchelles avait donné une maison aux carmes déchaussés de Lille, et un besoin pressant avait force ces religieux de la vendre

Source : BIU Cujas

en 1728, avec l'autorisation des maïeur et échevins de la même ville. Les héritiers de la donatrice s'étant pourvus contre le tiers-acquéreur avant que celui-ci eût atteint le terme fixé par la coutume pour la prescription, un arrêt du 1er décembre 1750, rendu au rapport de M. de Buissy, a décrété la mise de fait qu'ils avaient pratiquée, leur a adugéj en conséquence la maison qu'ils revendiquaient, a ordonné aux carmes déchaussés de restituer à l'acquéreur le prix qu'ils en avaient reçu, et les a condamnés aux dommages-intérêts à son égard, et aux dépens envers toutes les parties.

Le second arrêt est du 23 avril 1768. En 1717, Brigitte Tréca avait donné aux dominicains de Cambrai quatre maisons situées dans la même ville. Ceux-ci en avaient vendu deux; mais cette circonstance n'a pas empêché que l'arrêt ne déclarât toute la donation nulle, et n'adjugeât les quatre maisons aux héritiers de la donatrice.

Le troisième arrêt est le plus célèbre de tous. Les exécuteurs testamentaires du sieur Crul, dont nous avons déjà parlé, avaient vendu une partie des biens affectés par le testateur aux fondations dont il s'agissait. Bourdon et consorts demandaient la nullité de cette aliénation; de leur côté, les exécuteurs testamentaires soutenaient qu'elle devait subsister, d'autant plus qu'ils ne l'avaient faite qu'en vertu du testament même; et en conséquence, ils concluaient à ce qu'en remettant aux héritiers le prix qu'ils avaient reçu de cette aliénation, ils fussent déclarés bien et valablement déchargés à cet égard. Mais leur défense n'a pas été plus heureuse sur ce point que sur les autres; l'arrêt du 11 mai 1776, confirmé au conseil et en révision les 12 août suivant et 13 mars 1779, a déclaré les ventes dont il était question, nulles et de nul effet, sauf aux acquéreurs leur recours contre qui ils trouveraient convenir.

Quelques jurisconsultes m'ont paru croire que cet arrêt n'avait pas décidé la question que j'agite ici; ils se fondaient sur une différence qu'ils pensaient apercevoir entre une aliénation faite avant 1738, par des gens de Main-morte légitimement établis, et une aliénation faite dans le même temps au nom d'un établissement qui n'avait point d'existence légale. — Il est vrai que les deux fondations ordonnées par le testament du sieur Crul, ont été anéanties par le même arrêt qui a déclaré nulles les ventes que les administrateurs avaient faites des biens qui y sont énoncés; mais en même temps il est certain que cette circonstance n'a point déterminé particulièrement la cour à annuller ces ventes : la preuve en résulte du dispositif même de l'arrêt. Le legs qu'avait fait le sieur Crul à l'église de Marcoing, ne tendait pas seulement à l'établissement d'un chapelain *perpétuel*, mais encore à l'augmentation du gros de la cure, c'est-à-dire que le testateur n'avait pas seulement voulu fonder un nouveau titre de bénéfice, mais aussi enrichir celui qui subsistait déjà dans la même église. Or, l'arrêt a déclaré nulles toutes les aliénations qui pouvaient avoir été faites des biens affectés à l'un et à l'autre objet, et par conséquent a rejeté la distinction des ventes faites au nom d'un établissement nul, de celles qui avaient été faites par un corps légitimement établi. Voici comment il est conçu : « La cour déclare nul et de nul effet le legs dont il s'agit au procès, fait au profit de l'église de Marcoing pour l'établissement d'un chapelain en ladite église, et l'augmentation de la dotation de la cure du même lieu; en conséquence, adjuge aux demandeurs la propriété et jouissance de tous les biens qui ont composé ce legs, avec les fruits perçus depuis la demande judiciaire; ordonne, suivant ce, aux défendeurs, en leur qualité, de laisser suivre auxdits demandeurs cette propriété et jouissance, et de leur remettre les titres et papiers concernant lesdits biens;..... déclare nulles et de nul effet les ventes qui pourraient avoir été faites de ces mêmes biens, sauf aux acquéreurs d'iceux leur recours contre qui ils trouveront convenir..... »

Les exécuteurs testamentaires fondaient principalement leur défense sur la prescription que les tiers-acquéreurs avaient légitimement acquise. « L'aliénation (disaient-ils dans leur mémoire de révision), est antérieure à 1738; les acquéreurs de ces biens ne pouvaient pas en être dépouillés sans avoir été entendus : ils étaient possesseurs de bonne foi, et cette bonne foi avait opéré une prescription légitime qui les mettait à l'abri de toute éviction. » — Bourdon et consorts ont répondu fort à propos, que l'arrêt du 11 mai 1776 n'avait ni jugé ni entendu juger que les possesseurs dussent être évincés nonobstant la prescription et tout autre moyen; que cet objet ferait la matière d'autres questions à agiter avec eux; qu'ainsi, les exécuteurs testamentaires supposaient gratuitement dans l'arrêt un mal jugé qui ne s'y trouvait pas.

Voilà donc trois, ou plutôt cinq arrêts (car le troisième a été confirmé par deux autres), qui jugent formellement que les aliénations faites par des gens de Main-morte depuis 1681 jusqu'en 1738, ne les mettent pas à couvert des revendications, lorsque les biens aliénés ont été acquis par eux sans lettres d'octroi. Mais cette jurisprudence est-elle conforme à l'esprit de la loi; et la raison, toujours plus ancienne, toujours plus respectable que les usages les plus enracinés, n'a-t-elle rien à opposer à des décisions aussi rigoureuses?

Pour pouvoir être le terme d'une demande en revendication, il faut être possesseur de l'héritage réclamé, ou avoir cessé de l'être par dol. *Officium autem judicis in hac actione in hoc erit ut judex inspiciat an reus possideat.* (Loi 9, D. *de rei vindicatione.*) *Sed et is qui ante litem contestatam dolo desiit possidere, tenetur in rem actione.* (Loi 27, §. 3, *eod tit.*)

D'après ce principe connu de tout le monde et dicté par la justice elle-même, que l'on puisse encore revendiquer sur des gens de Main-morte un bien aliéné par eux depuis 1738, rien de surprenant ni de contraire à l'intention de la loi : ils ont

Source : BIU Cujas

dû savoir que les héritiers et les seigneurs avaient des droits irrévocablement acquis à la réclamation de ce bien, et même en certains cas, sans être tenus de restituer le prix de l'acquisition primitive; ils n'ont donc pu l'aliéner qu'en fraude de ces droits; et conséquemment s'ils ne sont plus possesseurs, c'est par l'effet d'une manœuvre que la loi condamne : *sed et is qui ante litem contestatam dolo desiit possidere, tenetur in rem actione.*

Mais peut-on dire la même chose des gens de Main-morte qui ont aliéné dans l'intervalle du 1er janvier 1681 au 1er octobre 1738 ? Depuis 1681, comme auparavant, la jurisprudence de tous les tribunaux permettait, ordonnait même à tous les corps de Main-morte qui acquéraient ou recevaient des immeubles sans la permission du prince, de les mettre hors de leurs mains dans un délai plus ou moins court, suivant les circonstances. Comment concevoir après cela qu'ils aient agi frauduleusement ? Ils ont obéi à des ordres irrésistibles et fondés sur les vues de bien public qui animaient alors les cours souveraines; ce n'est donc point par dol qu'ils ont cessé d'être possesseurs, et on peut leur appliquer la même maxime qu'à ceux qui ont aliéné avant 1681 : *qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet.* (Loi 167, §. 1, D. *de regulis juris.*)

En vain oppose-t-on l'effet rétroactif établi par l'art. 26 de la déclaration de 1738, pour en conclure que l'on doit juger des acquisitions et conséquemment des aliénations faites depuis 1681 jusqu'à 1738, comme de celles qui ont pu être faites postérieurement à la promulgation de cette loi. Ce raisonnement porte à faux. L'art. 26 prouve lui-même très clairement que le législateur a entendu mettre une différence notable entre ces deux époques; en déclarant que les dispositions des trois articles précédens seraient exécutées par rapport aux biens dont les gens de Main-morte s'étaient mis en possession depuis le 1er janvier 1681 sans lettres d'octroi, il a soin d'ajouter, 1° que les héritiers ou les seigneurs seront néanmoins tenus de restituer le prix des acquisitions qu'ils feront annuller sur le fondement de cet effet rétroactif : 2° que ceux des gens de Main-morte qui n'auront pas été inquiétés dans leur possession avant l'enregistrement de la déclaration, pourront, dans l'année, se retirer auprès du roi, pour obtenir ses lettres de confirmation, s'il y échet.

Le motif qui a dicté ces deux exceptions, se fait sentir de lui-même : la justice et la sagesse du législateur ne lui ont pas permis de sévir avec autant de rigueur contre les gens de Main-morte qui avaient acquis illégalement avant 1738, que contre ceux dont les acquisitions auraient été postérieures à cette époque. Ces derniers devaient être traités comme des rebelles, parceque la loi avait parlé d'une manière à écarter toutes les équivoques : les autres méritaient des ménagemens; la jurisprudence des cours souveraines avait amolli la rigueur des anciens placards; les défenses d'acquérir étaient tellement modifiées, qu'elles se réduisaient presque à rien; il y avait donc dans les réfractaires une espèce de bonne foi qui demandait certains égards de la part d'un législateur sage et équitable. Voilà la vraie, la seule cause des deux exceptions apportées à l'effet rétroactif dont il s'agit. -- Le moyen, après cela, de considérer toutes les acquisitions faites avant 1738, comme si elles avaient été faites après ? Le moyen de punir la bonne foi des gens de Main-morte qui n'ont aliéné que pour obéir à leurs juges souverains ? S'il est constant, aux termes d'une règle de droit, que *bonæ fidei possessor est qui auctore judice comparavit* (Loi 137, D. *de regulis juris*), si cette maxime a servi de fondement aux deux exceptions dont nous venons de parler, ne peut-on pas dire aussi que celui qui a aliéné sous l'autorité et par les ordres de son juge, doit être censé l'avoir fait de bonne foi; et, d'après cela, comment pourrait-on accuser les gens de Main-morte qui ont aliéné avant 1738, d'avoir abdiqué leur possession par fraude ? Et si ce n'est point par fraude qu'ils ont cessé de posséder, comment les soumettre à une demande en revendication ?

A ces raisons, que l'on peut sans présomption appeler victorieuses, se réunit encore l'autorité de deux arrêts bien précis et bien formels.

Marie-Jeanne Wauquier, marchande à Lille, avait fondé, par son testament du 30 septembre 1732, deux messes hebdomadaires dans l'église paroissiale de Sainte-Catherine, et avait affecté à cette fondation une maison et dix mesures ou environ de terres à labour. Ses exécuteurs testamentaires avaient vendu ces biens, et en avaient employé le prix en rentes, conformément aux ordres qu'elle leur en avait donnés. Les héritiers ayant réclamé contre ces dispositions, il intervint une sentence interlocutoire du 14 février 1737, dont ils appelèrent au parlement. Par arrêt du 9 juillet 1739, rendu au rapport de M. de Castéele de La Briade, la sentence a été infirmée, la disposition dont il s'agissait déclarée nulle et de nul effet, *ordonné en conséquence que les immeubles dont il était question au procès,* ou les rentes qui les représentaient, *appartiendraient aux héritiers.*

Les sœurs hospitalières de Saint-Julien de Cambrai avaient vendu, en 1710 et en 1714, deux maisons que Marie Dechy leur avait léguées en 1696. Nicolas Doyen et consorts demandaient la nullité de ces ventes; ils citaient avec la plus grande confiance les arrêts des 1er décembre 1750 et 23 avril 1768, qui avaient adopté des conclusions pareilles aux leurs. Mais le défenseur des religieuses a si bien fait sentir l'irrégularité et l'injustice d'une prétention aussi rigoureuse, que Doyen et consorts ont été déboutés par arrêt du 29 juillet 1775, au rapport de M. Cordier.

Une seule circonstance pourrait affaiblir l'autorité de ce dernier préjugé, du moins par rapport au Hainaut et à la Flandre; c'est que les gens de Main-morte du Cambresis n'avaient, avant 1738, aucune loi qui leur défendît d'acquérir ni par

Source : BIU Cujas

conséquent de transmettre aucune propriété. C'est une vérité reconnue par les lettres-patentes du 21 mai 1777, portant règlement pour cette province, et enregistrées au parlement de Flandres le 21 juin suivant (1). Le défenseur des hospitalières de Saint-Julien faisait très adroitement valoir cette circonstance. «On cite à la vérité (disait-il), des arrêts de 1750 et de 1768, qui ont adopté des demandes semblables à celles de Doyen et consorts; mais s'il n'y a pas eu de circonstance particulière

(1) La déclaration du 9 juillet 1738 ne parlant nommément que de la Flandre et du Hainaut, son silence, par rapport au Cambresis, a d'abord fait douter si l'on devait comprendre cette province dans toutes les dispositions qu'elle renferme. Mais M. le chancelier d'Aguesseau a levé cette difficulté par une lettre adressée le 24 octobre 1738 à M. le premier président du parlement de Flandre. *Le Cambresis*, dit-il, *fait partie du ressort de votre compagnie, et la déclaration est faite pour tous les pays du ressort du parlement de Flandre.*

Cette décision a donné lieu à une foule d'arrêts qui, en conséquence de l'effet rétroactif porté par l'art. 26 de la déclaration de 1738, ont déclaré nulles une infinité d'acquisitions que les gens de Main-morte du Cambresis avaient faites sans lettres d'octroi depuis le 1 janvier 1681.

C'est pour tempérer la rigueur de cette jurisprudence, qu'ont été données en 1777 les lettres-patentes dont on vient de parler. Voici comment elles sont conçues :

« Louis.... les trois ordres qui composent les états du duché de Cambrai, pays et comté de Cambresis, nous ayant fait représenter que le feu roi, notre très honoré seigneur et aïeul, pour empêcher qu'aucun corps et communauté ne pût former de nouveaux établissemens sans sa permission, ou qu'étant déja autorisés, ils ne multipliassent des acquisitions, qui, mettant hors du commerce une partie considérable des fonds et domaines de notre royaume, ont été regardés dans tous les temps comme contraires au bien commun de la société, avait jugé à propos, dans les lettres-patentes en forme de déclaration du 9 juillet 1738, non seulement d'affermir les lois observées dans les pays qui sont du ressort de notre parlement de Flandre, avant qu'ils fussent réunis à notre couronne, mais d'y ajouter des précautions encore plus efficaces : que voulant arrêter et punir les contraventions faites aux anciennes lois, il avait ordonné par l'art. 26, que les dispositions des art. 23, 24 et 25 seraient exécutées par rapport aux biens dont les gens de Main-morte se seraient mis en possession depuis le premier janvier 1681, sans avoir obtenu des lettres d'octroi, conformément aux lois précédentes : que cette disposition paraissant ne pouvoir regarder les gens de Main-morte du Cambresis, parceque cette province n'avait jamais eu de lois prohibitives à cet égard, et que les dernières des anciennes lois rappelées dans ladite déclaration, avaient été portées par Charles-Quint dans un temps où Cambrai et le Cambresis étaient encore gouvernés par ses évêques, avait jeté lesdits gens de Main-morte dans l'erreur de croire que l'intention du souverain n'avait point été de les y assujettir ; qu'ils s'étaient confirmés dans cette erreur, en voyant que cette même déclaration, qui faisait mention expresse de la Flandre et du Hainaut, ne parlait point du Cambresis ; qu'enfin, ils avaient encore donné plus de confiance à cette idée, en apprenant que le parlement de Flandre, dans l'incertitude de ce qu'il en devait penser, s'était adressé au roi notre très honoré seigneur et aïeul, pour connaître sa volonté sur ce point ; que cette erreur leur est devenue très préjudiciable, en les empêchant de profiter du délai accordé à tous les corps et communautés de la Flandre et du Hainaut, par la même déclaration et par les lettres-patentes interprétatives d'icelles du 23 juin 1739, pour faire, pardevant les commissaires nommés à cet effet, leur déclaration des biens dans la possession desquels ils voulaient demander d'être maintenus ; que le défaut d'avoir rempli cette formalité dans le terme prescrit, met lesdits gens de Main-morte du Cambresis dans l'impuissance d'obtenir les lettres d'octroi nécessaires pour être confirmés dans les biens par eux acquis depuis 1681 ; que quantité d'établissemens utiles au public, ont déjà souffert des échecs considérables ; que la plupart sont menacés d'une ruine prochaine ; que ces considérations obligeaient les trois ordres qui composent les états du Cambresis, de nous supplier de faire jouir lesdits gens de Main-morte de la même grace dont ont joui ceux de Flandre et de Hainaut. Des représentations fondées sur des motifs si puissans, nous ont paru mériter qu'après les avoir reçues favorablement, nous y eussions égard. Nous entrerons par-là dans le véritable esprit des rois nos prédécesseurs, qui se sont toujours réservé la liberté d'examiner les inconvéniens ou l'utilité des établissemens pour lesquels on leur demandait des lettres d'octroi, et le pouvoir de les accorder ou de les refuser comme ils jugeraient convenir ; et nous nous portons d'autant plus volontiers à donner aux représentans du Cambresis ce témoignage de justice et de bienfaisance, que, loin de déroger aux lois antérieures, il sert à les confirmer. A ces causes..., voulons et nous plaît ce qui suit :

» *Art.* 1. Les gens de Main-morte du duché de Cambrai, pays et comté de Cambresis, qui, au 31 octobre 1738, jour de l'enregistrement de notredite déclaration, étaient en possession légitime de biens situés audit Cambresis, par eux acquis ou à eux donnés depuis le 1er janvier 1681, pour lesquels ils n'auraient point obtenu de lettres d'octroi, seront tenus de remettre au sieur intendant et commissaire départi pour l'exécution de nos ordres en Hainaut, que nous avons commis et commettons à cet effet, les demandes qu'ils nous auraient déjà présentées ou qu'ils pourront présenter ci-après pour être confirmés dans la possession desdits biens ; ensemble les contrats et actes en vertu desquels ils en jouissent, et autres pièces justificatives, le tout dans le délai d'un an, porté par l'art. 26 de notredite déclaration, lequel délai sera compté à commencer du jour de l'enregistrement des présentes, jusques et compris pareil jour de l'année suivante ; après lequel jour ils ne pourront plus y être reçus, sous quelque prétexte que ce soit.

» 2. Ledit sieur intendant et commissaire départi fera inscrire sur un registre par lui coté et paraphé, le jour que lesdites demandes et pièces mentionnées dans l'article précédent, auront été remises par lesdits gens de Main-morte, dont il leur sera donné un extrait certifié dudit sieur intendant : voulons qu'en cas que les gens de Main-morte qui auront satisfait au contenu dans l'article précédent dans le délai porté, soient troublés dans la possession desdits biens, avant qu'il ait été statué par nous sur leurs demandes, il leur soit accordé, en rapportant ledit extrait ainsi certifié, un délai compétent, qui ne pourra être moindre que d'un an, pendant lequel il sera sursis absolument au jugement des demandes qui seront formées contre eux à cet égard.

» 3. Après que ledit sieur intendant et commissaire départi aura examiné lesdites demandes et pièces qui y auront été jointes, il nous les enverra avec son avis, pour être lesdites demandes par nous accordées, s'il ne s'y rencontre aucun obstacle, autre que celui résultant de l'art. 26 de notre déclaration du 9 juillet 1738.

» 4. Voulons que lorsqu'il paraîtra que quelques unes desdites demandes auront été rejetées, il soit passé outre au jugement de celles qui pourront être formées par les parties intéressées, conformément à notredite déclaration ; et ce, nonobstant toutes surséances qui auraient été accordées auxdits gens de Main-morte avant ces présentes : ce qui sera observé, à peine de nullité, de tout ce qui sera fait au préjudice de la présente disposition.

Source : BIU Cujas

dans ces affaires, on peut dire que la cour ne s'est pas fondée sur la déclaration de 1738, qui, en effet, n'a point de disposition qui autorise à inquiéter les gens de Main-morte qui n'ont plus de biens immeubles; mais que, prenant en considération que cette loi a rendu aux anciens placards toute leur force et toute leur vigueur, la cour aura estimé que les gens de Main-morte ont toujours été incapables d'acquérir comme de transmettre aucune propriété. Mais outre que ce moyen ne paraît pas selon l'esprit de la déclaration de 1738, assez rigoureuse par elle-même pour qu'on ne se porte pas à étendre ses dispositions, c'est qu'il ne pourrait pas être appliqué avec justice aux gens de Main-morte du Cambresis, qui ne connaissaient pas de défenses avant 1788 ».

Il est difficile de croire que ce raisonnement ait influé sur l'arrêt, car il ne présente qu'un sophisme. La déclaration de 1738, en portant son effet rétroactif au premier janvier 1681, même pour le Cambresis, a assimilé entièrement cette province à celle de Flandre et de Hainaut : si donc ses dispositions avaient rendu les gens de Main-morte de Flandre et Hainaut, incapables d'aliéner avant 1738 les biens acquis par eux illégalement depuis 1681, il faudrait dire la même chose par rapport au Cambresis : ce n'est même que sur le fondement de cette assimilation parfaite du Cambresis au Hainaut et à la Flandre, qu'ont été rendus, pour le Cambresis, les arrêts des 23 avril 1768 et 11 mai 1776, directement contraires à celui des hospitalières de Saint-Julien. — Les anciens placards portés pour la Flandre et le Hainaut, sont très indifférens à la question, parceque la déclaration de 1738, loin de leur avoir rendu toute leur autorité, a au contraire approuvé à certains égard les adoucissemens que leur avait donnés la jurisprudence de toutes les cours souveraines. On en a vu la preuve dans les deux restrictions de l'effet rétroactif établi par l'art. 26.

§. IV. *Jurisprudence du ressort du parlement de Nancy sur les acquisitions des gens de Main-morte.*

En Lorraine, comme dans les autres provinces de France, il est défendu aux gens de Main-morte de posséder des immeubles sans la permission du prince; mais l'effet de cette défense n'y est pas le même. C'est ce que nous apprend le préambule de la déclaration du roi Stanislas, du 12 juin 1759 : « Les anciennes ordonnances de nos états de Lorraine et Bar interdisent aux gens de Main-morte d'y *tenir et posséder* aucuns héritages, biens et droits immobiliers, à quelque titre que ce soit, sans obtenir lettres d'amortissement, et payer les droits qui sont dus. Les mêmes lois nous donnent droit, faute par eux d'y avoir satisfait dans l'an et jour des acquisitions, de les réunir au domaine ».

Ainsi, en Lorraine, le défaut de lettres d'amortissement empêche bien que la Main-morte ne devienne propriétaire incommutable de l'immeuble qu'elle acquiert; mais il n'empêche pas que la personne de qui elle l'acquiert, n'en soit irrévocablement expropriée. Seulement la propriété de cet immeuble, au lieu de demeurer sur la tête de la Main-morte, passe, au bout d'un an et d'un jour de possession non autorisée, dans la main du fisc, et se réunit au domaine de l'État. C'est, à peu de chose près, la même législation qui a été (comme on le verra dans le §. suivant), établie dans la Belgique autrichienne par le placard du 15 septembre 1753; et l'on voit en quoi elle diffère des dispositions de l'édit de 1749, auquel est de beaucoup postérieure la réunion de la Lorraine à la France.

Par l'édit du mois d'août 1749, lorsqu'un immeuble a été acquis par une Main-morte sans lettres-patentes d'autorisation préalablement enregistrées, le vendeur ou donateur et ses héritiers peuvent, en tout temps, le revendiquer comme s'il n'eût pas été aliéné; et non seulement cet édit le décide ainsi formellement, mais cela résulte encore de ce qu'il va jusqu'à défendre aux gens de Main-morte *d'acquérir*, s'ils n'y sont autorisés à l'avance, et qu'à défaut de cette autorisation préalable, il déclare l'acte d'acquisition nul et de nul effet.

Les lois de la Lorraine sont bien différentes. Elles ne déclarent pas les gens de Main-morte incapables *d'acquérir* des immeubles sans lettres d'amortissement; elles leur défendent seulement de les *posséder* plus d'un an et un jour, sans ces lettres. L'acte d'acquisition est donc valable en soi, bien que non précédé de lettres d'amortissement. S'il est valable en soi, il exproprie donc le vendeur ou donateur.

» 5. Entendons que les jugemens définitifs portés depuis le 9 juillet 1738 jusqu'au jour de l'enregistrement des présentes, contre lesdits gens de Main-morte, en conformité de notredite déclaration, soient exécutés sans qu'on puisse se prévaloir contre lesdits jugemens d'aucunes des dispositions contenues dans les articles précédens.

» 6. Voulons pareillement que les droits de ceux qui ont formé des demandes en justice contre lesdits gens de Main-morte, avant l'enregistrement des présentes, soient et demeurent conservés dans leur force et vertu, sans qu'on puisse leur opposer aucunes dispositions contenues ès présentes ».

Ces lettres-patentes ont été enregistrées, « à la charge, 1° que ces mots *possession légitime*, contenus dans l'art. 1er desdites lettres, seront entendus d'une possession paisible; et sans qu'il y ait eu aucune demande formée contre eux avant l'enregistrement des présentes : 2° que l'art. 4 desdites lettres-patentes aura lieu, non seulement à l'égard des demandes formées par les parties intéressées, mais aussi à l'égard de celles formées par le seigneur immédiat ou le procureur général du roi : 3° que le seigneur roi sera très humblement supplié de faire arrêter en son conseil, des états concernant les demandes qui seront faites par lesdits gens de Main-morte pour être confirmés dans la possession des biens par eux acquis depuis le premier janvier 1681 jusqu'au 31 octobre 1738, dont sera envoyé une expédition à la cour, ensemble de ce qui aura été décidé sur chacune desdites demandes, conformément au prescrit des lettres-patentes du 23 juin 1739; après lequel mois ledit seigneur roi permettra qu'il ne soit plus pris égard par ladite cour aux lettres d'octroi particulières qui pourraient lui être surprises par importunité pour des biens acquis ou donnés depuis le premier janvier 1681 ».

Source : BIU Cujas

Le vendeur ou donateur est donc sans intérêt et sans qualité, pour s'enquérir par la suite si la Main-morte à qui il a vendu ou donné, a obtenu des lettres d'amortissement. Lorsqu'elle en a obtenu dans l'an et jour du contrat, tout est consommé ; lorsqu'elle n'en a pas obtenu, le contrat conserve toute sa force, quant au vendeur ou donateur, mais l'effet en passe au fisc, et l'immeuble vendu ou donné ne pouvant pas rester dans le domaine de la Main-morte, vient se réunir au domaine public.

§. V. *Lois de la Belgique autrichienne sur les établissemens et les acquisitions des gens de Main-morte.*

La Belgique autrichienne a été gouvernée sur cette matière, jusqu'en 1753, par les mêmes lois que l'était le ressort du parlement de Flandre avant la déclaration du 9 juillet 1738. *V.* ci-devant, §. 3, n. 1.

Mais le 15 septembre 1753, l'impératrice Marie-Thérèse a ajouté à ces lois un *placard* qui les modifie en plusieurs points. Il est conçu en ces termes :

« Marie-Thérèse..... les lois fondamentales de quelques unes de nos provinces des Pays-Bas et les édits des princes nos prédécesseurs ont interdit et considéré comme nulles et sans effet, non seulement les acquisitions que feraient les gens de Main-morte des biens immeubles et des rentes, qui, quoique rachetables, en tiennent nature, par hypothèque, rapport ou autre affectation, mais aussi toutes nouvelles érections des chapitres, couvents, collèges, hôpitaux, et maisons-Dieu, bénéfices, offices, églises, chapelles et fondations, confreries, corps ou communautés ecclésiastiques ou laïques, sans le consentement du souverain. — Quelque salutaires que soient ces lois fondées sur le bien commun de la société, l'expérience ne fait que trop voir, qu'on a trouvé des moyens de toute espèce pour en éluder l'exécution, tellement que les gens de Main-morte ont su continuer de parvenir à la jouissance de quantité de biens immeubles, ou réputés tels, par des achats, échanges, engagères, consolidations des biens de servile condition, par confiscation, ou retrait des biens qui étaient mouvant d'eux en fief, en cens, en emphitheuse ou arrentement, par saisies, dessaisissemens ou immission des biens hypothéqués ou rapportés pour rentes, par détention pour dettes, par fermes et autres voies contraires auxdites lois et édits. — Nous connaissons toute la faveur que méritent des établissemens qui n'ont pour objet que le service de Dieu, l'instruction des fidèles et le soulagement des pauvres ; et nous employons toujours volontiers nos soins pour la conservation des possessions légitimes de ceux qui ont été formés par les motifs de l'utilité publique, et conformément aux lois.

» Mais en accordant notre protection royale au maintien de ces possessions, l'intérêt et la voix commune de nos fidèles sujets nous invitent à veiller aussi à la conservation des familles, et à empêcher que, par des acquisitions contraires aux lois, une grande partie des fonds et autres biens immeubles ou réputés tels, ne soit soustraite au commerce. — A ces causes.... ordonnons et statuons les points et articles suivans.

» 1. Nous voulons que toutes les ordonnances, défenses et prohibitions des princes nos prédécesseurs, nommément l'édit de l'empereur Charles V, du 19 octobre 1520, soient ponctuellement exécutés et observés, pour autant qu'il n'y est point dérogé par les présentes.

» 2. Nous défendons, en conformité de ces édits, d'ériger ou de fonder, dans nos provinces des Pays-Bas, des abbayes, chapitres, couvens, collèges, hôpitaux, ou autres maisons-Dieu, bénéfices, offices, églises, chapelles ou fondations, confréries, corps ou communautés ecclésiastiques ou laïques, sans notre consentement.

» 3. Les abbayes, couvens, chapitres, collèges, hôpitaux, églises, chapelles, bénéfices, confréries ou autres fondations, et généralement tous les gens de Main-morte, seront obligés de former des listes exactes et détaillées contenant chaque partie de terre, prairie, pâturage, bois, bruyère et étang qu'ils ont acquis, qu'ils possèdent, occupent ou défructuent non amortis, par eux, par leurs fermiers, ou par autres personnes interposées avec expression des lieux de la situation, des abouts et joignants, et de la grandeur de chaque partie, et des noms des fermiers, ou receveurs, s'il y en a, contenant aussi les moulins, brasseries, maisons, dîmes, livres censeaux ou féodaux, péages ou autres droits immeubles non amortis, avec expression des situations et des noms des fermiers ou receveurs, et contenant les rentes non amorties qu'ils perçoivent et réputent de nature irrédimible, soit en argent, grains ou autres denrées, avec expression de la demeure des débiteurs. — Leur ordonnons de mettre ces listes, en dedans trois mois de la publication du présent édit, en mains des fiscaux sous les ressorts desquels ces biens, rentes ou autres droits immeubles non amortis sont situés, auxquels ils devront donner aussi, en étant requis, inspection et copies authentiques des dispositions à cause de mort, donations, achats, engagères, échanges, saisies, immissions, arrentement, consolidations, confiscation, fermes ou autre titre et moyen, en vertu desquels ils les possèdent, occupent ou défructuent par eux, par leurs fermiers ou personnes interposées, à peine de confiscation des parties qui ne seront pas détaillées aux listes, ou dont les titres seront recelés.

» 4. Leur ordonnons de mettre en mains des fiscaux, en dedans trois mois comme dessus, pareilles listes de toutes les parties des biens, rentes irrédimibles et autres droits immeubles non amortis, qu'ils ont vendus à main-ferme ou sans agréation des mêmes fiscaux, ou qu'ils ont autrement mis en mains vivantes par échanges, arrentemens, baux à long termes ou à autres titres, depuis vingt

Source : BIU Cujas

ans, et d'y joindre les actes par copie authentique, à peine de confiscation du prix et valeur actuelle des parties recélées.

» 5. Tous lesquels biens, rentes irrédimibles, ou autres droits immeubles qu'ils possèdent, ou qu'ils défructuent non amortis, par eux, par leurs fermiers, par personnes interposées ou sous des noms empruntés, soit par disposition de dernière volonté, donations, achats, échange, engagère, détention pour dettes, consolidation des biens de servile condition, de confiscation, de retrait, d'éviction, de saisie, de dessaisissement des parties hypothéquées ou rapportées pour rentes, d'emphiteuse, ferme ou autre moyen, ils devront vendre publiquement et aux conditions à prescrire ou agréer par les fiscaux, sous les ressorts desquels ces biens sont situés, en-dedans l'an de la publication du présent édit, à peine de confiscation.

» 6. Ils se déporteront aussi de la défructuation des biens qu'ils ont en ferme, et ce, en dedans trois ans après la publication du présent édit, à peine de confiscation de la valeur des biens à leur charge, et à pareille peine à charge de ceux qui leur laisseront plus long-temps ces biens en bail; défendons auxdits gens de Main-morte, à la même peine, de prendre des biens à ferme à l'avenir, à peine comme dessus.

» 7. Et comme nous sommes informés que quantité de biens ont été acquis, et sont occupés ou défructués au profit des gens de Main-morte sous des noms empruntés, ou par des personnes interposées, nous ordonnons que tous ceux qui ont fait pareilles acquisitions, ou qui font pareilles défructuations au profit des gens de Main-morte, seront obligés de déclarer le tout sans aucune réserve aux conseillers fiscaux sous les ressorts desquels les biens sont situés, en exprimant la qualité, quantité, situation, prix d'achat, d'engagère, d'échange, de ferme ou autre convention, la date des contrats et par-devant qui ils ont été passés, le tout en dedans trois mois, à peine de confiscation de la valeur des parties recelées, à leur charge, et de punition arbitraire à charge de ceux qui ne seront pas en état de payer cette valeur; voulant que leurs déclarations soient tenues secrètes, et que soit adjugé un tiers de la valeur des parties qu'ils y auront détaillées, et qui, n'ayant pas été comprises dans les listes des Mains-mortes, seront tombés en confiscation.

» 8. Seront réputées nulles et de nulle valeur, comme ont été de tout temps, les acquisitions desdits biens que les gens de Main-morte pourraient tenter de faire à l'avenir, par quel moyen ou prétexte que ce puisse être, même des biens qui auraient autrefois fait partie de leur première fondation; et seront toutes ces acquisitions également sujettes à confiscation après l'an que les Mains-mortes les auront possédées, soit par elles-mêmes, ou par personnes interposées.

» 9. Nous étant revenu que quelques couvents, colléges ou Mains-mortes ont obtenu des octrois ou permissions générales pour pouvoir acquérir ou posséder des biens immeubles, à concurrence de certaine quantité ou de certains revenus annuels, nous leur ordonnons, sans distinction ni exception, de mettre en dedans trois mois, en mains des conseillers fiscaux du ressort de leur domicile, copies authentiques desdits octrois, avec des listes détaillées comme à l'art. 3, de tous les biens qu'elles ont acquis, ou qu'elles occupent par elles ou par leurs fermiers, en conséquence de ces octrois, d'y joindre copies authentiques de leurs acquisitions, à peine que ces biens seront tenus pour non amortis et sujets à la confiscation ci-devant comminée, également comme ceux non amortis qu'ils auront recélés.

» 10. Et afin que les acquisitions, recèlemens et possessions des biens non amortis puissent parvenir plus facilement à la connaissance desdits conseillers fiscaux, déclarons qu'il sera permis à tous particuliers de leur dénoncer lesdites acquisitions et possessions indues desdites Mains-mortes; et pour les encourager à ce faire, il leur sera adjugé le tiers de la valeur des biens qui viendront à être confisqués, pour récompense de leurs dénonciations, et sera leur nom tenu secret.

» 11. Nous déclarons de plus qu'aucun laps de temps n'a pu, et ne pourra introduire, ni faire prétexter aucune prescription contre les nullités des acquisitions des biens immeubles, faites ou à faire par les Mains-mortes ni contre les autres défenses portées par l'édit du 19 octobre 1520; et que parmi restituant ou payant ce qui devrait être restitué ou payé dans le cas des retraits lignagers ou légaux, les vendeurs ou autres transporteurs de quelque bien immeuble à une Main-morte, leurs héritiers ou ayans-cause ont pu et pourront toujours reprendre ces biens; ce que pourront faire aussi les seigneurs féodaux ou autres qui ont droit de retrait légal; et ils pourront tous entrer en possession de ces parties indûment acquises, par les Mains-mortes, et les retenir, malgré que ces mêmes parties auraient dû être confisquées à notre profit; mais devront consigner les prix ou valeurs, qui seront confisqués à la place desdits biens dans les occasions où la confiscation aurait lieu; et ceux qui retireront quelque partie de ces biens par le moyen exprimé ci-dessus, devront d'abord, à peine d'amende arbitraire, le porter à la connaissance du conseil des finances, afin qu'il soit pourvu au recouvrement des deniers dans les occasions où il pourrait y avoir confiscation.

» 12. Quoique, par l'édit de l'an 1520, l'acquisition des rentes rédimibles soit interdite aux gens de Main-morte, tout comme celles des autres biens réels, cependant, voulant bien, dans les circonstances présentes, condescendre à cet égard à quelque relâchement, nous déclarons que, par provision, et jusques à autres dispositions, il leur sera permis d'acquérir des rentes rédimibles, à l'instar de nos autres sujets; bien entendu que si, par défaut du paiement du cours annuel ou autrement, les biens hypothéqués ou rapportés pour pareilles rentes,

Source : BIU Cujas

parvenaient en la possession desdite Mains-mortes, à tel titre que ce puisse être, elles seront obligées de les remettre en dedans l'an, en mains vivantes, toujours à la même peine de confiscation.

» 13. Nous défendons néanmoins aux gens de Main-morte, d'acquérir ou de se faire constituer des rentes rédimibles sur les biens qu'en vertu du présent édit ils seront obligés de remettre en mains vivantes, à peine de nullité, et que les contrevenans encourront la confiscation des rentes ainsi constituées.

» 14. Nous faisons défense aux notaires, gens de loi, hommes de fiefs, et à tous autres qu'il peut appartenir, de passer ou recevoir aucun contrat, transport, déshéritance, ou autres œuvres de loi, au profit des Mains-mortes, contre la teneur du présent édit, à peine de nullité, et de 500 florins d'amende à encourir solidairement par tous ceux qui y auront coopéré ou assisté.

» 15. Nul transport de déshéritance et adhéritance de biens immeubles ne seront reçus désormais par les magistrats, gens de loi ou hommes de fiefs, que sous serment, tant de la personne qui fait le transport, que de celle qui le reçoit, que ce n'est pas au profit d'aucune Main-morte, directement, ni indirectement, dont il sera tenu note en l'acte ou lettre de transport; le tout à peine de 500 florins d'amende, à encourir pour chacun des officiers, échevins, hommes de fiefs, greffiers ou secrétaires qui y auront contrevenu.

» 16. Nous déclarons que ceux qui pour l'avenir auront prêté leurs noms aux gens de Main-morte pour posséder des biens immeubles ou réputés tels dans le sens du présent édit, et néanmoins se seront oubliés jusqu'au point de faire le serment prescrit à l'article précédent, seront punis comme parjures, suivant toute la rigueur des lois.

» 17. Nous voulons que les donations et legs d'argent comptant, ainsi que des biens et effets mobiliers ou reputés tels, faits en faveur des gens de Main-morte ou de quelque personne faisant membre d'une communauté religieuse, quand même ils seraient faits sous certaines charges, ou par forme de fondation, soient et restent assujettis aux solennités ordinaires, qui sont requises pour la validité des actes entre-vifs ou de dernière volonté respectivement. Ordonnons de plus, que toutes lesdites dispositions, lorsqu'une ou plusieurs ensemble faites par la même personne excèderont la valeur de 500 florins une fois, ou de 25 florins par an, devront être notifiées et enregistrées par-devant le juge du domicile de celui qui les aura faites, et cela pendant sa vie, à peine de nullité absolue; à l'effet de quoi nous ordonnons à tous magistrats et gens de loi de se pourvoir incessamment d'un registre particulier, afin de servir à l'enregistrement desdits actes, qui devront y être insérés en entier, pareillement à peine de nullité. Et quant aux dispositions de l'espèce désignée au présent article, qui excèderont seules ou plusieurs ensemble, la somme de 1000 florins une fois, ou de 50 florins par an, il sera besoin d'obtenir nos lettres d'octroi, ouï nos conseillers fiscaux, et cela pendant la vie de celui qui aura ainsi disposé, pareillement à peine de nullité absolue.

» 18. Il ne sera cependant pas nécessaire de faire l'enregistrement, ni d'obtenir octroi pour les dispositions d'argent ou d'effets mobiliers qui excèderont lesdites sommes, lorsqu'elles se feront en faveur de la nourriture des pauvres dans les hôpitaux, hôtels-dieu, maladreries ou en faveur des tables des pauvres établies dans les paroisses, écoles de charité, en faveur de l'université de Louvain, de l'instruction et étude des enfans, ou en faveur des maisons et emplacemens à acquérir par les villes pour l'utilité publique.

» 19. Finalement, pour que le patrimoine des églises, des pauvres et des anciennes fondations, dont nous sommes la gardienne et protectrice, soit conservé en entier, nous réitérons les défenses faites par nos prédécesseurs, d'aliéner ou de charger en façon quelconque les biens dûment amortis; déclarons même qu'en cas de nécessité ou d'utilité évidente, on ne pourra faire aucune aliénation desdits biens, en tout ou en partie, sans avoir observé les devoirs prescrits par les édits précédens, nommément pas sans en avoir obtenu nos lettres d'octroi, qui ne pourront s'accorder qu'après avoir ouï préalablement nos conseillers fiscaux, que nous chargeons, ainsi que tous nos autres officiers de justice, de veiller particulièrement à l'observation de cet article, et de tout le contenu du présent édit».

On a douté si les défenses portées par cet édit comprenaient aussi bien les communautés laïques que les communautés ecclésiastiques; et voici ce qu'a prononcé là-dessus un *décret* du 25 juin 1754:

« Marie-Thérèse... quoique notre édit du 15 septembre 1753, sur le fait des acquisitions des biens immeubles par les gens de Main-morte, comprenne assez clairement les communautés et autres corps laïques, nous étant néanmoins revenu que l'on avait formé quelque doute à cet égard, et, qu'à la faveur de ce doute, différentes communautés laïques auraient fait des acquisitions de biens immeubles, sans en avoir obtenu nos lettres d'amortissement; voulant le faire cesser, nous..... avons déclaré, comme nous déclarons par les présentes, qu'il n'y a jamais eu de différence à faire à cet égard entre lesdits corps et les communautés laïques d'avec les autres espèces de gens de Main-morte, et que c'est sur ce pied que l'on a dû en user dans toutes les occasions; ordonnant en conséquence à tous et à chacun d'ainsi se régler, aux peines comminées par l'édit susdit ».

Un autre décret du 31 juillet 1755, adressé au conseil souverain de Mons et enregistré en cette cour le 2 août suivant, nous offre une disposition particulière aux gens de Main-morte du Hainaut: — « Comme nous voulons (porte-t-il), donner des marques de notre bienveillance aux gens de Main-morte de la province de Hainaut, nous avons dé-

Source : BIU Cujas

claré, comme nous déclarons, que c'est notre intention que l'effet du retrait établi par l'art. 11 de l'édit du 15 septembre 1753, vienne à cesser à l'égard de tous ceux qui ont obtenu, ou qui obtiendront des amortissemens particuliers, soit qu'il y ait action intentée à cette fin ou non, à condition néanmoins que les gens de Main-morte payent les frais exposés par ceux qui ont intenté le retrait ».

[[On voit assez par toutes ces dispositions, en quoi la législation française différait, sur cette matière, de la législation belgique. Voici d'ailleurs un réquisitoire du 14 pluviose an 10, dans lequel j'ai fait particulièrement ressortir le caractère de celle-ci.

« Le commissaire du gouvernement expose qu'il ne peut se dispenser de déférer à la censure du tribunal de cassation un jugement du ci-devant tribunal civil du département de Jemmapes, du 11 germinal an 8, qui contrevient manifestement à la loi.

» Dans le fait, Michel Mahieu ayant fait bâtir une chapelle à Everbecq, commune du ci-devant Hainaut, et l'ayant dédiée sous le nom de *Notre-Dame des Anges*, crut devoir y établir un prêtre pour la desservir; et voulant *pourvoir à l'entretien et alimentation* de ce prêtre, il lui assigna, par acte du 23 janvier 1632, *le revenu de diverses parties de biens-fonds* détaillés dans le jugement dont il s'agit. — Le jugement cité énonce qu'il institua *par cet acte, un proviseur, afin de nommer ce desservant*, en ajoutant que si l'archevêque (de Cambrai) ou tout autre venait à *s'immiscer dans la nomination* de celui-ci, dès ce moment *ses héritiers légitimes se mettraient en la jouissance des biens par lui donnés, pour par eux, comme propriétaires, en jouir, jusqu'à ce que l'archevêque emprenant leur eût laissé ou rendu libre proviseur.*

» Cette fondation a eu tout son effet; et elle subsistait encore dans l'état où l'avait placée son auteur, lorsque, par l'effet de la réunion du ci-devant Hainaut au territoire français, les biens ecclésiastiques de cette contrée ont été déclarés nationaux.

» Les héritiers de Michel Mahieu ont cru pouvoir profiter de cette circonstance, pour s'approprier les biens qu'il avait affectés à sa fondation; et ils en ont exercé la revendication, tant sur la régie de l'enregistrement et du domaine national, que sur le commissaire du gouvernement près la ci-devant administration du département de Jemmapes.

» Par le jugement dont il s'agit, le tribunal civil de ce département leur a adjugé leurs conclusions, sur le double fondement, — 1° « Que l'acte de fondation de Michel Mahieu ne présente pas un dessaisissement de propriété au profit du desservant de sa chapelle, mais seulement une délégation d'usufruit des parties assignées pour son alimentation; ce qui prend le caractère de l'évidence par la clause, *si l'archevêque voulait s'immiscer dans la nomination du desservant, ce sitôt arrivé, mes héritiers légitimes se mettront en jouissance des biens par moi ordonnés, pour par eux, comme propriétaires, en jouir, jusqu'à ce que l'archevêque emprenant leur aura laissé ou rendu libre proviseur;* clause qui n'aurait pas été mise, si Michel Mahieu ou sa famille ne s'étaient regardés propriétaires des biens dont l'usufruit était assigné au desservant; — 2° Qu'à supposer le dévestissement parfait de la part de Michel Mahieu au profit d'un établissement ecclésiastique quelconque, encore fallait-il qu'il fût sanctionné par l'autorité publique, à péril de nullité, suivant l'édit de Charles-Quint, du 20 février 1528, rendu pour la ci-devant province de Flandre où sont situés les biens dont s'agit; qu'il n'est justifié d'aucun amortissement de ces biens; que par suite, ils ne sont pas biens ecclésiastiques, mais seulement une portion des biens de la famille Mahieu, dont l'usufruit était destiné à l'entretien d'un prêtre desservant qui devait même être pris dans le sein de ladite famille ».

» Tels sont les deux motifs du jugement sur lequel l'exposant appelle l'attention du tribunal; les erreurs qui s'y font remarquer, sont aussi graves, que les conséquences en seraient dangereuses pour les intérêts de la république, si elles étaient tolérées, et si par-là elles parvenaient à se généraliser.

» 1° Sans doute, l'intention de Michel Mahieu n'a pas été de rendre propriétaire le desservant qui serait nommé à sa chapelle; il n'a entendu en faire qu'un usufruitier. Mais conclure de là qu'il n'a pas abandonné à sa chapelle elle-même, et qu'il a, au contraire, conservé et transmis à sa famille, la propriété des biens dont il est question, c'est une absurdité.

» On a toujours, dans les fondations de bénéfices ecclésiastiques, distingué deux choses absolument différentes l'une de l'autre: — La dotation du bénéfice, qui nécessairement emporte de la part du fondateur, un dessaisissement complet des biens qu'il y affecte; — Et la jouissance viagère qu'il en donne à chacun de ceux qui seront successivement nommés à ce bénéfice.

» Ainsi, de ce que le bénéficier n'a que l'usufruit, non seulement il ne résulte pas que la fondation n'ait pas la propriété, mais c'est précisément parce qu'il ne repose qu'un droit d'usufruit sur la tête du bénéficier, que la propriété réside dans l'être moral qu'on nomme *fondation*.

» Et vainement argumente-t-on de ce que, par l'acte du 23 janvier 1632, la propriété n'est pas expressément abandonnée à la chapelle.

» C'est bien abandonner à un établissement public la propriété d'un héritage, que de le lui assigner pour fournir à l'entretien du fonctionnaire qui sera préposé à cet établissement; comme c'est en donner la propriété à un particulier, que de le lui donner pour fournir à ses alimens.

» Il existe là-dessus une décision expresse dans la loi 4, *de alimentis legatis*, au Digeste. — Un testateur avait disposé en ces termes: « Je donne à mes affranchis tous les biens-fonds que je possède dans l'île de Chio, afin que tout ce qu'ils auront

Source : BIU Cujas

reçu de mon vivant, à titre d'alimens et d'entretien, leur soit continué après ma mort: *ad hoc ut quæcumque vivente me acceperint, constituantur iis cibarii et vestiarii nomine*». Des doutes se sont élevés sur l'étendue de ce legs. Les uns le prétendaient borné à une simple pension alimentaire à prendre sur les revenus des biens de l'île de Chio. Les autres soutenaient qu'il embrassait la propriété de ces biens; et c'est à ce second avis que s'en tient la loi: *Modestinus respondit: videntur mihi ipsa prædia esse libertis relicta, ut pleno dominio hæc habeant et non per solum usumfructum.* — C'est ce que porte également la loi 22 du même titre, §. 1er: *qui fratris sui libertis alimenta debebat, is testamento vineas cum hâc adjectione reliquerat,* UT HABEANT UNDÈ SE PASCANT. *Illa adjectio magis ad causam prælegandi, quàm ad usumfructum constituendum pertinet.....*

» Ce n'est pas avec plus de raison que le tribunal civil du département de Jemmapes a cherché à étayer son opinion de la clause par laquelle le fondateur appelait ses héritiers à *jouir comme propriétaires*, dans le cas où l'archevêque viendrait à s'immiscer dans la nomination du desservant, et pendant tout le temps que durerait son usurpation.

» Cette clause ne présente rien autre chose qu'une condition résolutoire de la propriété de la chapelle; elle suppose par conséquent, elle prouve même, que la chapelle devait être considérée comme propriétaire, tant que l'archevêque n'en nommerait pas le desservant.

» Et comme cette condition n'est point arrivée avant que les biens ecclésiastiques fussent mis par la loi du 2 novembre 1789, à la disposition de la nation, il est clair que la chapelle était demeurée propriétaire jusqu'alors; il est clair par conséquent que les biens affectés à la fondation de cette chapelle, sont devenus nationaux par l'effet de la publication de la loi du 2 novembre 1789 dans le département de Jemmapes.

» 2° Le motif que le jugement dénoncé par l'exposant, tire du placard de Charles-Quint du 20 février 1528, ne tendrait à rien moins qu'à dépouiller la république de tous ou presque tous les biens qu'elle a retirés des mains du clergé de la ci-devant Belgique.

» Sans doute, les gens de Main-morte de la ci-devant Belgique ne pouvaient, d'après les placards des 19 octobre 1520, 20 février 1528, 21 novembre 1587 et 15 septembre 1753, acquérir aucun immeuble, qu'après en avoir obtenu la permission du gouvernement.

» Mais s'ensuit-il de là que tout bien qui se trouvait possédé par des gens de Main-morte, lors de la publication de la loi du 2 novembre 1789, doit être rendu aux héritiers des anciens propriétaires, dès que la république ne peut pas rapporter les lettres-patentes qui en ont originairement autorisé l'acquisition de la part des gens de Main-morte? ce serait le comble de la déraison.

» La république, en succédant aux gens de Main-morte, ne peut certainement pas être plus mal traitée que ceux-ci ne l'eussent été, si la revendication eût été exercée sur eux; le bon sens veut même que l'on use à son égard d'une plus grande faveur, puisque mille circonstances ont pu et dû empêcher les titres des gens de Main-morte de parvenir intacts jusqu'à ses agens.

» Or, si la chapelle d'Everbecq possédait encore aujourd'hui les biens qui lui ont été affectés par l'acte de sa fondation, les héritiers de Michel Mahieu pourraient-ils lui dire: « représentez-nous les lettres-patentes que vous avez dû obtenir pour légitimer votre possession, ou déguerpissez »? — Bien sûrement elle répondrait avec avantage: « Ce n'est pas à moi à prouver que j'ai été autorisée à acquérir; *possideo quia possideo*; tant que vous ne prouverez pas que j'ai acquis sans autorisation, ma possession sera présumée légitime ».

» D'un autre côté, où les héritiers Mahieu ont-ils pris que l'illégalité réelle ou supposée de la possession de la chapelle d'Everbecq, fût pour eux un titre à la revendication des biens affectés à cet établissement? Il paraît qu'ils ont confondu, et que le tribunal civil du département de Jemmapes a confondu comme eux, les règles établies sur cette matière dans le ressort du ci-devant parlement de Douai par la déclaration du 9 juillet 1738, avec celles qui dérivaient, pour la ci-devant Belgique autrichienne, des placards de 1520, 1528 et 1587.

» Dans le ressort du parlement de Douai, les héritiers de ceux qui avaient vendu ou donné à des gens de Main-morte, des immeubles pour l'acquisition desquels ceux-ci ne s'étaient pas fait autoriser, étaient admis à rentrer dans ces biens quand ils le jugeaient à propos.

» Mais c'était pour cette partie de la Belgique française, un droit absolument nouveau, et qui ne devait son introduction qu'à la déclaration du 9 juillet 1738, dont les dispositions ont été étendues à toute la France par l'édit du mois d'août 1749.

» Les placards de 1520, 1528 et 1587 ne présentaient rien de semblable en faveur des héritiers des vendeurs ou donateurs; et comme ils se bornaient à défendre aux gens de Main-morte d'acquérir sans *lettres d'octroi*, on en concluait que les gens de Main-morte qui n'avaient pas obtenu de *lettres d'octroi* avant d'acquérir, pouvaient bien être forcés, à la requête du ministère public, de vider leurs mains dans un terme très court; mais qu'en remettant dans le commerce les biens qu'ils avaient acquis illégalement, ils avaient droit d'en retenir le prix et de l'employer en rentes mobilières, genre de propriété dont l'acquisition leur était permise.

» On voit dans le Recueil de Dufief, lettre *L*, §. 3, 4, 5 et 6, que telle était la jurisprudence constante du grand conseil de Malines, et qu'elle avait été approuvée par le conseil privé de Bruxelles, dont les *décrets* avaient force de loi dans toute la Belgique.

» C'est ce que jugeait aussi le conseil souverain

Source : BIU Cujas

de Brabant, comme le prouve l'arrêt du 31 janvier 1652, rapporté par Stockmans, §. 4. Un particulier avait institué pour ses héritiers mobiliers et immobiliers, les curateurs *des pauvres* de Malines, à la charge d'employer sa succession en rentes alimentaires au profit des jeunes gens de cette ville qui feraient leurs études. Isabelle Vanheyst, héritière *ab intestat*, attaqua cette disposition comme contraire au placard de 1520. Mais par l'arrêt cité, le testament fut confirmé, et il fut seulement ordonné aux *curateurs des pauvres* de remettre les immeubles dans le commerce : *Jussi sunt curatores per sententiam fundos emittere è manibus suis et vendere, pecuniâ aut hereditate reliquâ apud eos manente.*

» Telle était également, avant la déclaration du 9 juillet 1738, la jurisprudence du parlement de Douai, qui alors avait là-dessus les mêmes lois que les conseils de Brabant et de Malines. — Ecoutons Pollet, partie 3, §. 31 : « Les abbé et religieux de Phalempin s'étaient pourvus au bailliage de Lille pour obtenir l'exécution d'un legs de quelques parties de terres qu'Hippolyte Brame leur avait données par son testament ; et en ayant été déboutés, ils en avaient appelé. Par arrêt rendu au rapport de M. Hattu, le 14 avril 1671, la sentence a été infirmée, et les héritiers dudit Brame ont été condamnés de se désister de la possession et jouissance des parties léguées, à la charge que les légataires seraient tenus de les mettre hors de leurs mains dans six mois, et avec faculté aux héritiers de les retenir, s'ils aimaient mieux d'en payer l'estimation ».

» Enfin cette jurisprudence a été érigée en loi expresse par le placard de l'impératrice Marie-Thérèse, du 15 septembre 1753, rendu pour toute la ci-devant Belgique autrichienne. — Après avoir rappelé les dispositions des édits de 1520, 1528 et 1587, ce placard ajoute, art. 5 : « Tous lesquels biens qu'ils (les gens de Main-morte) possèdent non amortis, soit par disposition de dernière volonté, donations, achats, échanges..... ou autre moyen, *ils devront vendre publiquement, en dedans l'an de la publication du présent édit, à peine de confiscation* ». — Cet article n'a pour objet que les acquisitions précédemment faites par les gens de Main-morte, en contravention aux lois qui les leur avaient interdites. — En voici un autre qui frappe sur les acquisitions qu'ils pourraient faire à l'avenir ; c'est le 8e : « Seront réputées nulles et de nulle valeur, comme ont été de tout temps, les acquisitions desdits biens que les gens de Main-morte pourraient tenter de faire à l'avenir, par quel moyen ou prétexte que ce puisse être, même des biens qui auraient autrefois fait partie de leur première fondation ; *et seront toutes ces fondations également sujettes à confiscation après l'an que les gens de Main-morte les auront possédées*, soit par elles-mêmes, ou par personnes interposées ».

» On voit que par ces dispositions, les gens de Main-morte ne sont pas, à proprement parler, déclarés incapables d'*acquérir*, mais seulement de *conserver* ; qu'en vidant leurs mains dans l'année de l'acquisition, ils sont à l'abri de toute recherche ; et que ce n'est pas aux héritiers de celui qui a aliéné en leur faveur, mais uniquement au fisc, qu'est dévolu le bénéfice de la peine qu'ils encourent en conservant les biens au-delà du terme prescrit.

» Un héritier n'est cependant pas sans action contre les gens de Main-morte qui possèdent illégalement des immeubles aliénés à leur profit par ses auteurs : dans la vue de multiplier les moyens de découvrir et de réprimer les contraventions, l'art. 11 du placard cité convertit en loi la disposition de l'arrêt ci-dessus rappelé du parlement de Douai, du 14 avril 1671, qui permettait aux héritiers du testateur Brame, de *retenir* les immeubles légués aux religieux de Phalempin, à la charge d'en payer à ceux-ci l'*estimation*.

» Mais d'abord ce droit de retrait a été nécessairement compris dans l'abolition du retrait lignager, et de toutes les autres espèces de retraits prononcée par les lois des 21 mai et 18 juin 1790 et 30 septembre 1793.

» Une chose encore bien certaine, c'est que du moment où les biens du clergé ci-devant belge, ont été déclarés nationaux, ce droit de retrait a dû cesser, indépendamment même des lois qui viennent d'être citées. — En effet, il n'était accordé que contre les gens de Main-morte ; une fois les gens de Main-morte dépossédés, il n'avait plus d'objet ; et de même qu'avant la publication de la loi du 2 novembre 1789, il n'aurait pas pu être exercé contre le gouvernement, devenu, par confiscation, possesseur des immeubles illégalement acquis par des gens de Main-morte, de même aussi il ne peut plus être exercé aujourd'hui contre la nation, devenue, par la loi du 2 novembre 1789, propriétaire de tous les biens ecclésiastiques.

» Supposât-on, d'ailleurs, la nation encore passible d'un pareil retrait, au moins faudrait-il que les héritiers des vendeurs ou donateurs qui prétendraient l'évincer à ce titre, lui restituassent le prix des biens vendus, ou lui payassent la valeur des biens donnés. On vient de voir que telle est la disposition expresse de l'art. 11 du placard du 15 septembre 1753. — Ainsi, même dans cette supposition, le jugement du tribunal civil du département de Jemmapes devrait encore être cassé, pour n'avoir pas imposé aux héritiers Mahieu, la charge de payer à la république la valeur des biens donnés par leur auteur à la chapelle d'Everbecq.

» Ainsi, le jugement dont il s'agit, contrevient, 1° à la loi du 2 novembre 1789, qui déclare nationaux les biens dont le clergé se trouvait possesseur à l'époque de sa publication ; — 2° aux art. 21, 23 et 24 du tit. 1 de la loi du 12 juillet-24 août 1790, lesquels, en supprimant les *chapelles et*

Source : BIU Cujas

tous autres bénéfices, déclarent *les titres et fondations de pleine collation laïcale, soumis à toutes les dispositions des décrets concernant les bénéfices de pleine collation ecclésiastique*, et ordonnent que ces dispositions auront lieu *nonobstant toutes clauses, même de réversion, apposées dans les actes de fondation*; — 3° à la loi du 16 octobre 1791, qui place sur la même ligne les biens des fondations, et ordonne en conséquence qu'ils seront administrés et vendus comme nationaux, *nonobstant toutes clauses même de réversion*; — 4° à la loi du 13 frimaire an 2, qui porte également que tout l'actif affecté, par quelque titre que ce soit, aux fabriques des églises, *ainsi qu'à l'acquit des fondations*, fait partie des propriétés nationales; — 5° aux art. 5, 8 et 11 du placard du 15 septembre 1753, desquels il résulte évidemment que les héritiers des vendeurs ou donateurs des biens aliénés sans lettres d'*octroi*, au profit de gens de Main-morte, ne sont admis à les retirer qu'à défaut du fisc, et qu'à la charge d'en rembourser le prix ou d'en payer la valeur; — 6° aux lois des 21 mai et 18 juin 1790 et 30 septembre 1793, portant abolition de toutes les espèces de retraits.

» Mais ce n'est pas tout. A ces contraventions multipliées qui portent sur le fond de son jugement, le tribunal civil du département de Jemmapes en a encore ajouté une dans la forme, et celle-ci est d'un caractère trop grave pour que l'exposant puisse la passer sous silence.

» C'est que le jugement du 11 germinal an 8 a été rendu sans conclusions du ministère public. Il y est bien dit que le commissaire du gouvernement près l'administration centrale du département de Jemmapes, a été entendu à l'audience; mais pas un mot du commissaire du gouvernement près le tribunal. Ainsi, violation manifeste de l'art. 3 du tit. 8 de la loi du 16-24 août 1790.

» A ces causes, l'exposant requiert qu'il plaise au tribunal de cassation casser et annuller, pour l'intérêt de la loi, le jugement ci-dessus énoncé du tribunal civil du département de Jemmapes, en date du 11 germinal an 8; ordonner qu'à la diligence de l'exposant, le jugement de cassation à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres des tribunaux d'arrondissement du département de Jemmapes.

» Et pour justifier le contenu au présent réquisitoire, l'exposant y joint, 1° le jugement dont il s'agit; 2° une lettre du ministre de la justice, du 17 floréal an 9, qui charge l'exposant d'en requérir la cassation; 3° une lettre du préfet du département de Jemmapes, du 29 nivose dernier, qui constate qu'il n'a pas été interjeté appel de ce jugement dans le délai fixé par la loi.

» Fait au parquet le 14 pluviose an 10. *Signé* Merlin ».

Ce réquisitoire, rapporté à la section civile le 6 prairial an 10, les magistrats n'y ont trouvé, quant au fond, aucune difficulté. Mais le jugement qu'il attaquait, n'ayant pas été rendu en dernier ressort, quoiqu'il en eût acquis l'autorité par défaut d'appel, ils ont cru ne pouvoir pas le casser, même pour l'intérêt de la loi; et voici en conséquence dans quels termes ils ont prononcé:

« Vu les art. 80 et 88 de la loi du 27 ventose an 8 (rapportés au mot *Cassation*, §. 4, n. 1); considérant que le jugement attaqué n'a pas été rendu en dernier ressort, et qu'il était susceptible d'appel; considérant qu'il n'est point attaqué par excès de pouvoir ou délit commis par les juges; qu'il n'est attaqué que comme contraire aux lois ou aux formes; le tribunal déclare le commissaire du gouvernement non recevable dans son réquisitoire, sauf, en cas d'excès de pouvoir ou de délit commis par les juges, à se pourvoir à la section des requêtes, conformément à l'art. 80 ».]]

§. VI. *Des acquisitions des gens de Main-morte dans le pays de Liège.*

Un édit de l'empereur Charles-Quint, du 27 juin 1521, veut:

« Qu'à l'avenir, nuls monastères, églises ou lieux pieux, situés hors le pays de Liège, ne puissent acquérir, par voie d'achat, succession, ou par autres titres, cens, rentes, possessions, ou autres biens immeubles situés audit pays; et qu'il ne soit permis à personne de les aliéner en faveur desdits monastères, églises et lieux pieux, ni d'en faire les œuvres de loi, et leur en donner la possession;

» Et semblablement que nuls monastères situés, tant dans le pays de Liège que hors du même pays et domaines de ladite église, puissent succéder du chef des religieux ou religieuses qui y auront fait leur profession, à aucuns biens immeubles situés dans ledit pays;

» Et que doresnavant tous biens immeubles que les monastères, couvens, églises, et autre lieux pieux dudit pays auront acheté, puissent à perpétuité être rapprochés (*retirés*) par ceux qui les auront vendus, et leurs héritiers et successeurs, en rendant le prix qu'ils en auront reçu, pourvu toutefois qu'il ne soit point excessif, mais légal, ou autrement en rendant le prix commun selon la valeur courante au pays, sauf néanmoins et réservé à l'évêque et à son chapitre, qui sera alors, la faculté de dispenser sur cela: ce qu'ils pourront faire respectivement et conjointement pour raisons suffisantes et des bons motifs;

» Comme aussi que tous biens feudaux en général et en particulier non amortis, et dévolus, devant la destruction de ladite ville, aux monastères, collèges ou autres églises et lieux pieux, soit à titre de vendition ou d'aliénation quelconque, puissent être purgés ou rachetés par les nobles et autres, leurs héritiers et successeurs, en restituant le prix exposé pour iceux, ou selon la commune estimation dudit pays, en cas qu'il ne constât pas du prix de la vente;

» Et qu'il ne soit permis à personne d'aucun

Source : BIU Cujas

état, degré et condition, de contrevenir directement ni indirectement, ni en aucune manière, sous quelque couleur et prétexte que ce soit, aux ordonnances susdites....., à peine de nullité de ce qui sera fait.... »

Ces dispositions se retrouvent dans la coutume de Liège, chap. 16; et il y est dit, art. 33, qu'elles ont été « mises en exécution et publiées par l'édit du cardinal Lamarck, évêque et prince de Liège, l'an 1527, le 3 mai, à la requête des trois états du pays de Liège, ayant été auparavant acceptées par iceux ».

Elles ont au surplus donné lieu à de nombreuses questions, sur lesquelles on peut voir Méan, *ad jus civile Leodiensium*, observ. 61, 75, 332, 525, 526, 549, 569, etc.

Ce qu'elles offrent de plus singulier, c'est le droit qu'ont tous les *nobles et autres* d'exercer en tout temps sur les gens de Main-morte, le retrait des biens qu'ils ont achetés.

« Cette action (dit Sohet, *Institut de droit pour le pays de Liège*, liv. 2, tit. 25), compète à tous et chacun du peuple, quoique les plus intéressés soient préférables ». — Aussi est-il connu sous le nom de *retrait populaire*, quoiqu'on l'appelle aussi *retrait carolin*, du nom de l'empereur Charles-Quint, auquel on en doit l'introduction.

[[Ce retrait a été abrogé dans le ci-devant pays de Liège, par la publication qui y a été faite en l'an 4, des lois des 13 juin et 19 juillet 1790 et 30 septembre 1793. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Action. ad exhibendum.*]]

§. VII. *Questions mixtes sur les établissemens et les acquisitions des gens de Main-morte.*

I. Les lois concernant les gens de Main-morte sont-elles personnelles ou réelles ?

La personnalité d'un statut ne peut résulter que de deux causes : — Ou de ce qu'elle détermine l'état universel d'une personne ; tel est celui qui fixe à vingt-cinq ans la majorité et la faculté d'aliéner, qui en est la suite ; — ou de ce qu'il fait à l'état d'une personne une exception dont l'objet est personnel ; tel est celui qui défend à une femme majeure de s'obliger pour autrui. — Par la même raison, une loi ne peut être réelle que de deux manières : — Ou en disposant des choses abstractivement à l'état des personnes ; telles sont celles qui règlent les successions : — ou en faisant à l'état des personnes une exception dont l'objet est réel, c'est-à-dire, qui, laissant une personne dans son état, lui défend un acte réel dont son état la rend capable, ou lui permet un acte réel dont son état la rend incapable : tel est un statut qui défend à un majeur d'aliéner plus du tiers de ses propres, ou qui permet à un mineur de vendre une portion de ses immeubles.

II. D'après cela, il est clair que les lois relatives à l'établissement des gens de Main-morte, sont personnelles, puisqu'elles en déterminent l'état, soit en autorisant leur existence, soit en la détruisant ; et par conséquent elles doivent porter leur empire jusque sur les biens situés hors de leur territoire. Ainsi, les séminaires établis sans lettres-patentes dans les ressorts des parlemens de Toulouse, de Bordeaux et de Rouen, depuis l'enregistrement de l'édit de 1749, jusqu'à celui de la déclaration de 1762, qui les a confirmés, peuvent valablement acquérir (avec des lettres-patentes), des biens situés dans le ressort du parlement de Douai, où la déclaration citée n'a point été enregistrée.

La raison en est simple. Dès qu'un corps existe légitimement, dès qu'il est capable par état de contracter et d'acquérir, son existence et sa capacité doivent influer sur les biens même situés hors de la sphère de la loi qui lui a donné l'une et l'autre. — Le principe que l'autorité des lois est bornée par leur territoire, n'est pas contraire à cette décision : dans notre espèce, la jurisprudence belgique ne souffre aucune infraction en permettant les acquisitions que les séminaires établis sans lettres-patentes depuis 1749, jusqu'en 1762, dans un ressort étranger, peuvent avoir faites dans son territoire ; il lui suffit que ces acquisitions soient faites conformément aux règles qu'elle prescrit ; les établissemens considérés en eux-mêmes, ne la regardent pas ; dès qu'ils sont autorisés dans le lieu de leur existence, elle n'a rien à dire. En un mot, les acquisitions que ces corps font des biens soumis à son empire, ne changent rien à son esprit, puisqu'elle veut elle-même que les corps légitimement établis puissent les faire en observant certaines formalités ; elle défère seulement à la qualité de légitimes que la loi domiciliaire donne à ces personnes idéales.

Par la même raison, les séminaires établis sans lettres-patentes dans le ressort du parlement de Douai depuis 1636, ne peuvent acquérir, même en vertu de lettres d'octroi, des biens situés dans les ressorts des parlemens de Toulouse, de Bordeaux, de Rouen, etc., et la raison en est aussi claire que décisive : avant qu'un corps puisse acquérir, il faut qu'il existe ; or, quelle est la loi qui doit juger de son existence, ou, ce qui revient au même, de sa légitimité, si ce n'est celle dans le territoire de laquelle il est établi ?

III. Examinons maintenant la nature des lois concernant les acquisitions que peuvent faire des gens de Main-morte dont l'existence est légitime.

Ces établissemens peuvent être rangés en deux classes différentes : les uns sont capables par état de contracter, d'acquérir et de posséder ; les autres en sont incapables par leur institution.

La capacité des premiers est générale ; elle embrasse les meubles et les immeubles ; ils en ont joui long-temps sans bornes et sans exceptions : dans la suite, on a jugé à propos de la gêner et de la restreindre ; mais la gêne et la restriction que l'on y a mises, ne tombent que sur les immeubles ; du reste, ils peuvent aujourd'hui, comme autre-

Source : BIU Cujas

fois, contracter et s'obliger personnellement, acquérir et posséder des meubles; en un mot, ils ont encore la même capacité d'état qu'auparavant. — Cette seule réflexion écarte toute difficulté. Ainsi,

1° La loi qui défend aux gens de Main-morte de la première classe d'acquérir, ne leur donne point un état, elle les laisse dans celui que les principes généraux leur attribuent, et se contente d'apporter une exception à la capacité indéfinie qui en résulte. On ne peut donc pas appliquer à cette loi, la première des causes qui contribuent à la personnalité d'un statut.

2° L'exception que cette loi apporte à l'état des gens de Main-morte a un objet reel, savoir, l'acquisition de biens immeubles; ainsi, la seconde cause de la personnalité des statuts n'est pas plus applicable à cette loi que la première: cette loi est donc nécessairement réelle. — Les Brigittines de Douai avaient acquis, dans l'intervalle de 1681 à 1749, des immeubles situés en Artois: comme elles n'avaient pas obtenu de lettres-patentes confirmatives de leur acquisition, les héritiers des vendeurs se sont pourvus en justice pour la faire déclarer nulle, sur le fondement de l'effet rétroactif établi, ainsi qu'on l'a vu ci-devant, §. 3, n. 2, par l'art. 26 de la déclaration du 9 juillet 1738; et en conséquence il est intervenu, le 9 mai 1776, arrêt au rapport de M. l'abbé de Dion, qui leur a adjugé leur demande. Les Brigittines ont pris contre cet arrêt une requête civile, qu'elles ont motivée sur ce qu'elles n'avaient pas été valablement défendues; et, pour la faire entériner, elles ont remarqué, ce qui avait été omis par leur premier défenseur, que les biens revendiqués sur elles, étaient situés en Artois, que par conséquent ils n'étaient soumis qu'à l'edit de 1749, et que, quoiqu'elles fussent domiciliées dans une ville où la déclaration de 1738 était en pleine vigueur, cette loi ne formait qu'un statut réel, et ne pouvait pas s'étendre hors du ressort du parlement de Flandre. Ces raisons ont produit tout l'effet que les Brigittines avaient lieu d'en attendre. Par arrêt du 24 janvier 1777, rendu sur les conclusions de M. Lecomte de La Chaussée, avocat général, la cour, prononçant à la fois sur le rescindant et sur le rescisoire, parceque les héritiers revendiquans avaient passé condamnation volontaire à l'audience, a entériné la requête civile, et maintenu les religieuses dans la propriété et possession des biens dont il s'agissait. — Cet arrêt juge nettement que la prohibition d'acquérir des immeubles, prononcée contre les gens de Main-morte de la première classe, ne forme qu'un statut réel.

3° Il en est autrement de la permission que leur accordent quelques lois d'acquérir certains biens: cette permission est une conséquence de leur capacité d'état; elle ressemble à la faculté d'aliéner qui est inhérente à l'état de majeur, et par conséquent elle est personnelle; elle doit donc comprendre les biens situés hors du territoire dans lequel sont établis les gens de Main-morte auquels elle est accordée; mais il faut pour cela qu'il n'y ait point de loi prohibitive sur le même objet dans le lieu de la situation: car la defense d'acquérir formant un statut réel, et le statut réel l'emportant toujours sur le statut personnel, quand ils concourent ensemble, il est évident que la permission accordée par la loi domiciliaire, ne peut pas autoriser les acquisitions que des gens de Main-morte voudraient faire dans le territoire d'une loi qui leur en ôte la faculté.

Ainsi, le statut qui permet aux gens de Main-morte de la première classe, d'acquérir certains biens, quoique personnel de sa nature, n'a cependant pas plus d'effet qu'un statut réel. Nous venons de dire qu'il ressemble à celui qui permet à un majeur d'aliéner ses biens; en effet, une loi de cette dernière espèce est constamment personnelle, puisque, la permission qu'elle accorde, est conforme à l'état et à la condition de la personne; néanmoins elle ne peut pas agir sur des fonds situés sous des coutumes qui interdisent absolument la disposition des biens, ou qui la limitent à une certaine quotité; et cela, parceque ces coutumes forment des statuts réels, qui, dans le concours, l'emportent toujours sur les personnels.

IV. Les gens de Main-morte de la seconde classe, c'est-à-dire, ceux que leur état rend incapables de contracter, d'acquérir, de posséder, sont tous les monastères dévoués par leur institution à la mendicité et à l'indigence. Comme cette incapacité forme proprement leur état, il paraît hors de doute que l'on doit considérer la loi qui la leur attribue, comme personnelle.

Cette conséquence n'est cependant pas sans difficulté. La plupart des religieux mendians possèdent aujourd'hui des immeubles; ils sont même regardés comme capables d'accepter des donations modiques de meubles. On peut donc, ce semble, les mettre sur la même ligne que les autres gens de Main-morte, et dire qu'ils sont capables par état de contracter, d'acquérir et de posséder; que les défenses portées contre eux relativement aux acquisitions trop considérables, ne sont que des exceptions à leur capacité générale; et que l'objet de ces exceptions étant réel, les défenses doivent l'être également.

Voici néanmoins ce qui me détermine pour la personnalité de ces sortes de lois. Je remonte à l'institution primitive des religieux mendians; je les trouve dévoués à une indigence absolue, incapables de posséder la moindre chose, et réduits par leur règle à attendre toute leur subsistance des aumônes des fidèles. Voilà ce qui forme leur état véritable et proprement dit: les permissions que quelques uns de ces ordres ont ensuite obtenues, ou les licences qu'ils ont prises, de posséder une certaine quantité d'immeubles, et d'accepter des donations de meubles, tout cela apporte bien quelques exceptions à leur incapacité, mais ne l'efface point. A travers leurs possessions, on découvre

Source : BIU Cujas

toujours des êtres purement passifs ; et quelques efforts qu'ils fassent pour secouer le joug de leur première règle, elle règne toujours sur eux, et ne cesse pas un instant de les *affecter* ; ce qui forme proprement le caractère des lois personnelles.

De là résultent deux conséquences bien simples. Les lois qui interdisent aux religieux mendians toute acquisition et possession de biens, n'étant que des corollaires de leur état, doivent être considérées comme personnelles, et s'étendre par-tout : mais les lois qui les autorisent à acquérir et à posséder certains biens, étant du nombre de celles qui permettent un acte réel que l'état défend, sont vraiment réelles, et n'ont aucune influence sur les fonds situés hors de leur territoire.

Ainsi, les lois concernant les religieux mendians sont d'une nature directement opposée à celle des lois concernant les gens de Main-morte de la première classe ; car on a vu, il n'y a qu'un instant, que les statuts qui défendent à ceux-ci d'acquérir sont réels, et que ceux qui le leur permettent sont personnels. — La raison de cette différence se présente d'elle-même : la défense d'acquérir, prononcée contre les religieux mendians, est une conséquence de leur état, au lieu que celle qui est prononcée contre les gens de Main-morte de la première classe, en est une exception ; et la permission accordée aux religieux mendians d'acquérir certains biens, est une exception à leur état, au lieu que celle qui est accordée aux gens de Main-morte de la première classe en est une conséquence.

V. Voici une question beaucoup plus difficile que la précédente. Dans toute l'étendue de la domination française, on ne peut constituer à prix d'argent aucune rente perpétuelle au profit des gens de Main-morte ; mais cela est permis dans les Pays-Bas autrichiens, par l'art. 12 du placard de 1753. Dans cette diversité de lois, un homme domicilié à Paris, constitue à prix d'argent une rente au profit d'une communauté de Bruxelles ou de Mons, ou réciproquement une communauté de Paris donne de l'argent en rente à un homme domicilié à Bruxelles ou à Mons. Le débiteur est en défaut de payer ; la communauté le poursuit devant son juge naturel : est-ce par les principes admis dans le domicile du débiteur, ou par les règles établies dans le lieu où existe la communauté, qu'on doit juger la question ?

Une rente doit être considérée sous deux rapports, activement et passivement. Considérée activement, elle existe dans la personne, et se règle par les lois du domicile du créancier : considérée passivement, elle existe dans la personne, et dépend des lois du domicile du débiteur. Ainsi, notre question se réduit à savoir si, dans les deux espèces proposées, il faut décider par l'actif ou par le passif : si c'est par l'actif, le débiteur doit être condamné dans la première, et absous dans la seconde : si c'est par le passif, il doit être absous dans la première, et condamné dans la seconde.

Il faut, pour la validité d'un contrat de constitution de rente, deux conditions qui me paraissent indispensables : la première, que le créancier puisse posséder la rente ; la seconde, que le débiteur puisse être contraint de la payer. Je ne crois pas que l'on puisse me contester ce principe.

Cela posé, je dis, 1° qu'une communauté de Paris ne peut pas acquérir une rente sur un particulier de Bruxelles. La loi de Paris empêche la partie active de cette rente d'exister sur la tête de la communauté ; or, il est impossible qu'une rente existe passivement dans le débiteur, si elle n'existe activement dans le créancier, de même qu'il est impossible que, sans créancier, il y ait un débiteur.

Je dis, 2° qu'une communauté de Bruxelles ne peut pas acquérir une rente sur un particulier domicilié à Paris. Il est vrai qu'elle peut posséder l'actif de cette rente, mais la loi de Paris s'oppose à l'exercice qu'elle voudrait en faire, et elle en a le droit, puisque le débiteur étant le terme des poursuites du créancier, c'est à la loi qui régit la personne du débiteur, à régler ces poursuites : si donc elle les interdit absolument, le créancier ne sera point, à la vérité, privé de son actif ; mais il ne pourra en tirer aucun avantage, parcequ'il ne peut pas l'exercer dans un territoire étranger, malgré la loi qui y domine. C'est ainsi que la coutume du domicile du débiteur décide seule et sans le concours de celle du créancier, si l'un est mis par la prescription à l'abri des recherches et des poursuites de l'autre.

Mais cet exemple, tiré de la prescription, ne détruit-il pas ce que j'ai avancé en premier lieu sur le cas où les gens de Main-morte établis à Paris donneraient de l'argent en rente à un habitant des Pays-Pas autrichiens ? En effet, pour juger si une rente est prescrite, on ne considère absolument que le domicile du débiteur ; on n'a aucun égard à celui du créancier : pourquoi donc la loi domiciliaire d'une communauté entrerait-elle dans la balance pour décider si cette communauté peut être créancière d'une rente ? Celle du domicile du débiteur ne devrait-elle pas juger la question, seule et sans le concours de l'autre ?

Non, et pour sentir le vice de cette comparaison, il suffit de connaître la différence d'une loi qui déclare une dette prescrite, d'avec celle qui rend une personne incapable d'en posséder l'actif.

La loi qui déclare une dette prescrite, n'en ôte pas l'actif au créancier ; elle ne fait qu'opposer une barrière aux poursuites qu'il voudrait faire contre le débiteur. Cela est si vrai, que la prescription est généralement reconnue pour n'être qu'une exception, et que le juge ne peut la suppléer d'office, quand le débiteur à qui elle est acquise, néglige de s'en prévaloir. Ainsi, elle n'agit pas sur le créancier, mais seulement sur le débiteur ; et c'est avec raison que nos meilleurs auteurs enseignent qu'elle ne peut pas être établie par la loi du domicile du premier, mais seulement par celle du domicile du second.

Source : BIU Cujas

Il n'en est pas de même d'une loi qui déclare quelqu'un incapable de posséder l'actif d'une rente : cette loi agit directement sur la personne de l'incapable; elle écarte, pour ainsi dire, loin de lui la créance, et l'empêche d'exister sur sa tête : or, à qui appartient le pouvoir d'établir une pareille loi, si ce n'est au souverain de la personne même?

Pour tout dire en deux mots, on peut bien, comme je l'ai fait, comparer au statut de la prescription, celui qui, sans ôter à un créancier l'actif de sa dette, l'empêche d'en exiger le paiement : mais il n'y a aucune analogie entre le statut qui déclare une dette prescrite, et celui qui ôte à un créancier l'actif de sa dette.

Deux arrêts du parlement de Douai viennent à l'appui de ces réflexions. Ils ont décidé l'un et l'autre, que des communautés établies à Douai, n'avaient pas pu, dans l'intervalle de la déclaration de 1738 à l'édit de 1749, acquérir des rentes sur des particuliers domiciliés en Artois, quoique les gens de Main-morte de cette province fussent alors capables de posséder de pareilles rentes.

Le premier de ces arrêts est du 8 janvier 1762; il a confirmé, au rapport de M. de Marescaille, une sentence de la gouvernance de Douai, du 27 mars 1760, qui avait déclaré nul un contrat de constitution de rente passé le 1er octobre 1748, par la veuve Pierache, domiciliée à Brebières en Artois, au profit des brigittins du couvent de Douai; et en conséquence, avait condamné la caution de la veuve Pierache à rembourser le capital à ces religieux, en y imputant les arrérages qui en avaient été payés.

Le second arrêt a été rendu le 15 juillet 1769, au rapport de M. de Curgies. Les jésuites du collège d'Anchin à Douai, avaient, par acte du 9 septembre 1747, donné, sous un nom interposé, 30,000 livres en rente au marquis de Longastres, domicilié en Artois. A la dissolution de la société, ils engagèrent la veuve de leur prête-nom à transporter son prétendu contrat au sieur de Reux, très proche parent d'un de leurs confrères, afin de se le conserver et de le mettre à l'abri des recherches du collège d'Anchin : mais cette manœuvre ne tarda pas à éclater; les administrateurs du collège poursuivirent le marquis de Houchin, fils et héritier du constituant, pour le faire condamner au paiement des arrérages. Le marquis de Houchin, de son côté, fit assigner le cessionnaire de la veuve du prête-nom, pour faire juger, entre le collège et lui, à qui la rente devait appartenir; et en cas qu'elle fût adjugée au collège, il demanda que les intérêts qu'il avait payés, fussent imputés sur le capital, attendu, disait-il, que, dans cette hypothèse, le contrat serait nul, aux termes de la déclaration de 1738, qui rend les gens de Main-morte du ressort du parlement de Douai incapables de posséder des rentes sur des particuliers. Le collège opposait à cette demande, que la déclaration de 1738 n'avait pas été enregistrée en Artois; que la défense d'acquérir des rentes sur des particuliers, n'avait lieu en cette province, pour les gens de Main-morte, que depuis l'édit de 1749, qui, n'ayant point d'effet rétroactif, ne pouvait annuller un acte passé en 1747. — L'arrêt qui a terminé cette contestation est conçu en ces termes : « La cour.... déclare l'acte du 9 septembre 1747, dont il s'agit au procès, en tant qu'il contient constitution de rente, nul et de nul effet; déclare pareillement que la somme de 30,000 livres reprise audit acte, appartient au collège d'Anchin; en conséquence, condamne ledit marquis de Houchin de payer audit collège ladite somme de 30,000 livres; lui permet néanmoins d'imputer en diminution d'icelle les sommes qu'il justifiera avoir payées à titre d'intérêts ».

Après deux décisions aussi formelles, il ne peut plus y avoir de difficulté à dire qu'une communauté ne peut acquérir un contrat de constitution de rente sur un particulier, à moins que la loi du domicile du débiteur ne s'accorde pour le lui permettre, avec celle du lieu où elle est établie.

VI. De là naît une autre difficulté. Un particulier domicilié à Bruxelles, constitue une rente au profit d'une communauté de la même ville : dans la suite, il quitte Bruxelles et vient s'établir en France : quel effet produira ce changement de domicile?

Dans cette espèce, la loi qui a présidé à cette constitution, permettait au créancier d'acquérir, et obligeait le débiteur de payer : la rente était donc valable dans son principe. Le changement de domicile du débiteur ne prive point le créancier de son actif; mais ne l'empêche-t-il pas de l'exercer sur une personne devenue sujette des lois françaises? Il paraît d'abord qu'il en devrait être ainsi. — Nous venons de comparer la loi qui, sans ôter au créancier l'actif de sa dette, dispense néanmoins le débiteur de payer, à la loi qui déclare une dette prescrite. Or, en matière de prescription, il paraît assez constant que lorsqu'il n'y a point de lieu convenu pour le paiement, il faut se régler, non par la loi du lieu où le débiteur était domicilié au temps du contrat, mais par celle du lieu où il a depuis transféré son domicile. (Boullenois, sur Rodemburg, tom. 1, pag. 530. Huberus, *jus publ. univers.*, liv. 3, ch. 11, §. 34.) — Ne semble-t-il pas, par la même raison, que le débiteur dont il s'agit dans notre espèce, devrait, en vertu de son établissement en France, être dispensé de continuer le paiement de la rente, comme le sont tous les débiteurs de celles qu'ils ont constituées au profit de gens de Main-morte d'un pays étranger?

Cette conséquence est assez spécieuse; mais deux raisons nous empêchent de l'adopter. — 1° Les gens de Main-morte de Bruxelles qui ont donné leur argent en rente à un habitant de la même ville, n'ont fait que ce que les ordonnances de leurs souverains leur permettaient de faire : il ne serait donc pas juste, sur le seul prétexte de la translation que le débiteur ferait de son domicile en France, de les traiter comme s'ils avaient con-

Source : BIU Cujas

tracté primitivement avec un sujet de la domination française. Dans ce dernier cas, ils ne mériteraient point de ménagemens, parcequ'ils auraient enfreint des lois qu'ils devaient respecter : mais dans l'autre cas, la bonne foi qui les a guidés, ne doit pas leur attirer des peines uniquement faites pour des contraventions qu'ils n'ont pas commises. — 2° Qu'un débiteur puisse abréger le temps de la prescription, en changeant de domicile postérieurement au contrat, *transeat* : le créancier peut le poursuivre dans son nouveau domicile, avant le laps du temps fixé par les lois qui y sont en vigueur; s'il laisse passer ce temps sans agir, et que dans la suite il se trouve arrêté par une prescription toute différente de celle du lieu du contrat, ce n'est qu'à sa négligence qu'il faut l'imputer, et par conséquent il ne mérite pas qu'on lui accorde plus de temps qu'à ceux qui ont contracté dans le nouveau domicile de son débiteur. Il en est tout autrement dans notre espèce. Les gens de Main-morte de Bruxelles qui ont traité avec un habitant de la même ville, ne peuvent pas l'empêcher de transférer son domicile en France : on ne peut donc leur rien imputer dans le cas de cette translation; et s'il est vrai, comme on n'en peut douter, qu'il ne doit pas dépendre d'une partie d'anéantir, malgré l'autre, une obligation valablement contractée, ce serait une injustice criante de leur refuser dans les tribunaux français, une action contre leur débiteur réfugié en France.

[[§. VIII. *État actuel de la législation française sur les établissemens et les acquisitions des gens de Main-morte.*

I. Sous la législation actuelle, comme sous l'ancien régime, il ne peut exister aucune corporation qui ne soit autorisée par le gouvernement.

Le décret impérial du 3 messidor an 12, après avoir dissous plusieurs associations religieuses qui s'étaient formées d'elles-mêmes, ajoute :

« *Art.* 4. Aucune aggrégation ou association d'hommes ou de femmes ne pourra se former à l'avenir, sous prétexte de religion, à moins qu'elle n'ait été formellement autorisée par un décret impérial, sur le vu des statuts et règlemens selon lesquels on se proposerait de vivre dans cette aggrégation ou association.

» 6. Nos procureurs généraux près nos cours, et nos procureurs impériaux, sont tenus de poursuivre ou faire poursuivre, même par la voie extraordinaire, suivant l'exigence des cas, les personnes de tout sexe qui contreviendraient directement ou indirectement au présent décret.... ».

II. A l'égard des acquisitions, les gens de Main-morte légitimement établis ne peuvent en faire aucune en immeubles, à titre onéreux, s'ils n'y sont autorisés par un décret du corps législatif, rendu sur la proposition de l'Empereur. De là le grand nombre de lois qui se rendent, à chaque session du corps législatif, pour autoriser des communes, des hospices, etc., à acquérir des portions d'immeubles qui leur sont nécessaires. *V. Loi*, §. 2.

Mais pour acquérir à titre gratuit, soit des immeubles, soit des rentes, soit même des meubles, il suffit et il faut que les gens de Main-morte soient autorisés par un décret impérial. *V. Donation*, sect. 3, §. 3, n. 2; et *Institution d'héritier*, sect. 5, §. 1, n. 17.

§. IX. *De l'administration des biens des gens de Main-morte, et des formalités auxquelles les gens de Main-morte sont assujettis lorsqu'ils veulent faire des reconstructions ou des constructions nouvelles.*

I. On peut voir à l'article *Bail*, §. 18, de quelle manière doivent être passés les baux des biens des communes, des fabriques, des hospices et de tous les autres établissemens publics; à l'article *Futaie*, §. 4, comment doivent être administrés leurs bois; à l'article *Hôpital*, §. 5, à quelles formalités ces établissemens sont astreints, lorsqu'il s'agit de plaider, tant en demandant qu'en défendant; et à l'article *Transaction*, dans quels cas et comment ils peuvent transiger sur des affaires litigieuses.

II. A l'égard, soit des bâtimens qui leur appartiennent et qu'ils voudraient reconstruire, soit des constructions nouvelles qu'ils voudraient entreprendre, voici les règles que leur tracent les lois.

S'agit-il d'une commune ? L'art. 54 de la loi du 14 décembre 1789 porte que « l'administration municipale ne pourra se dispenser de convoquer le conseil général de la commune (aujourd'hui le conseil municipal), lorsqu'il s'agira de délibérer.... sur des travaux à entreprendre »; et l'art. 56 ajoute, que les délibérations prises à cet effet, « ne pourront être exécutées qu'avec l'approbation de l'administration ou du directoire du département (aujourd'hui du préfet), qui sera donnée, s'il y a lieu, sur l'avis de l'administration ou du directoire de district », (aujourd'hui du sous préfet). *V. Budjet des communes.*

S'agit-il d'un hospice, ou de tout autre établissement de charité? Le décret impérial du 10 brumaire an 14 contient les dispositions suivantes :

« *Art.* 1. Les administrations gratuites et charitables des pauvres et des hospices, tant à Paris que dans les autres départemens, ne pourront faire, soit au dehors, soit dans l'intérieur des bâtimens hospitaliers, aucunes constructions à neuf, ni reconstructions de bâtimens, qu'après en avoir obtenu l'autorisation du ministre de l'intérieur, pour celles qui excèderont 1000 francs; et sur son avis, celle de Sa Majesté, pour les constructions et reconstructions de bâtimens qui pourront excéder 10,000 francs en dépenses.

» 2. Pour obtenir l'autorisation prescrite par l'article précédent, les préfets joindront à leur avis la délibération de l'administration requérante,

Source : BIU Cujas

un mémoire expositif des vues à exécuter, et les moyens de pourvoir à la dépense, les plans et devis des travaux à faire, et enfin le vœu du conseil municipal et celui du sous-préfet, s'il s'agit d'un établissement situé hors de l'arrondissement du chef-lieu de la préfecture.

» 3. Les constructions et reconstructions autorisées dans la forme prescrite par les articles précédens, ne pourront être adjugées qu'en présence du préfet, du sous-préfet ou du maire, après deux publications par affiche et par voie d'adjudication publique au rabais, entre les entrepreneurs dont les soumissions déposées au secrétariat de l'administration, auront été jugées, à la majorité des voix, dans le cas d'être admises à concourir, et présenteront une garantie suffisante pour l'exécution : l'adjudication ne sera, au surplus, définitive, qu'après avoir été ratifiée par le préfet ou le sous-préfet. Pourra, l'adjudicataire, jusqu'à notification de cette ratification, se désister de son adjudication, en consignant la différence qui se trouvera entre ses offres et celles du dernier moins disant.

» 4. En ce qui concerne les réparations ordinaires et réputées locatives et de simple entretien, elles seront adjugées dans la forme prescrite par l'article précédent, après avoir été autorisées par une délibération des administrateurs réunis en assemblée générale, et approuvées par le préfet ou le sous-préfet.

» 5. Sont exceptées de la forme de l'adjudication publique, mais seront toujours délibérées par l'administration, comme en l'article précédent, les réparations qui n'excèderont pas 1000 francs, lesquelles, en pareil cas, pourront être ordonnées par ladite administration, et exécutées, sans autre formalité, qu'une visite et un devis estimatif de l'architecte de l'établissement, et, en outre, à la charge, par l'administration, de faire approuver par le préfet ou le sous-préfet, celles qui excèderont 300 francs ».]]

MAIN-MOYENNE. Ce mot est employé dans la coutume de Cambresis, comme synonyme de *pareatis*.

L'art. 14 du tit. 5 de cette coutume porte que « pour faire et passer devoirs de loi de vest et devest, rapport ou hypothèque d'héritages en autrui seigneurie, il convient prendre Main-moyenne de la justice du lieu; si n'étaient les bailli et hommes de fiefs du seigneur supérieur du lieu ou seigneurie en laquelle ils voudraient faire lesdits devoirs; car le seigneur supérieur ou ses officiers ne sont pour ce tenus de prendre Main-moyenne, congé ou assistance, ès-terres ou seigneuries de leurs inférieurs ».

Cette disposition s'applique incontestablement à tous les actes de procédure civile et criminelle. Cependant il est d'un usage immémorial en Cambresis, de regarder comme valables tous les devoirs de loi et toutes les procédures que les officiers des différens seigneurs de cette province font dans la ville de Cambrai, sans *Main-moyenne* de ceux qui y exercent la juridiction ordinaire. — On dit, pour justifier cet usage, que l'archevêque de Cambrai est le suzerain universel de toute la province; que par conséquent on doit considérer Cambrai comme le chef-lieu de toutes les seigneuries qui relèvent de ce prélat; et que l'approbation tacite qu'il a toujours donnée à l'exercice que ses vassaux faisaient de leur juridiction dans son domaine, doit avoir l'effet d'une *Main-moyenne* perpétuelle.

On pourrait ajouter à ces raisons l'exemple d'un arrêt du parlement d'Aix, du 7 mai 1667, qui a jugé (suivant Boniface, tom. 2, part. 3, liv. 1, tit. 1, ch. 1), « que l'avocat en parlement, fort employé, peut faire des procédures, comme juge d'un fief, hors le terroir du fief et dans Aix ». Il est probable, en effet, que les avocats de Cambrai qui remplissent presque tous les offices seigneuriaux de la province de Cambresis, ne se seront établis dans l'usage dont nous parlons, que par l'impossibilité où les mettaient les occupations journalières du cabinet, de quitter à chaque instant la ville pour aller rendre la justice sur les lieux.

Quoi qu'il en soit, cet usage subsiste dans toute sa force, et l'on a toujours fait de vains efforts pour le faire réformer. Un des plus anciens avocats de Cambrai m'a dit que tous les baillis de la province l'avaient autrefois chargé d'en écrire à M. d'Abancourt, procureur général au parlement de Flandre, et que ce magistrat leur avait répondu de continuer comme ils avaient toujours fait.

Les bailli et hommes de fiefs du village de Saint-Aubert ayant décerné, dans Cambrai même, un décret de prise de corps contre un particulier accusé de rébellion à justice, celui-ci s'en est rendu appelant comme de nullité, sur le fondement qu'un juge ne peut instruire ni juger un procès hors de son territoire. Mais par arrêt rendu au parlement de Flandre, le 12 novembre 1778, sur les conclusions de M. Lecomte de Lachaussée, avocat général, le décret a été confirmé, et l'appelant condamné aux dépens.

Les nommés Malézieux et Soury ont employé inutilement le même moyen contre un décret de prise de corps prononcé à Cambrai par les bailli et hommes de fiefs de Crèvecœur. M. l'avocat général Bruneau de Beaumetz a dit, en rendant compte de cette affaire, que la cour avait déjà jugé valables les procédures faites par les juges du Cambresis dans l'enceinte de leur chef-lieu; qu'ainsi, le moyen proposé par les appelans, ne pouvait pas être accueilli; qu'au surplus, l'endroit de la ville de Cambrai où le décret avait été porté, appartenait au seigneur de Crèvecœur, et faisait partie de son fief, suivant un certificat des échevins de Cambrai, produit par les intimés. Par arrêt du 16 février 1780, la cour a mis l'appellation au néant, et a ordonné que le décret sortirait son plein et entier effet.

[[Tout cela est devenu sans objet par la suppression des justices seigneuriales. Du reste, *V. Exécution parée.*]]

Source : BIU Cujas

* MAIN-PLEINE. L'art. 262 de la coutume de Blois porte que celui que l'on exécute en vertu d'un jugement, ou d'un titre exécutoire, ne doit pas être ouï à proposer des moyens d'opposition, jusqu'à ce qu'il fasse *rapporter Main-pleine*, c'est-à-dire, jusqu'à ce qu'il ait *rempli* la *Main* de justice de biens suffisans et valables pour assurer au créancier son paiement.

L'art. 96 de la coutume de Dunois dit *rapport de Main-pleine* dans le même sens. *V. Exécution provisoire.* (G. D. C.)*

MAIN-PLÉVIE. Terme employé par la coutume de Liège, pour désigner un droit en vertu duquel tous les biens de la femme tombent, au moment du mariage, dans le patrimoine et la libre disposition du mari, et qui, par réciprocité, fait passer à la femme, dès qu'elle est devenue veuve, tous les biens de son mari, hors les fiefs.

Méan, *ad jus civile Leodiensium*, part. 1, ch. 55, prétend que le droit de Main-plévie doit son origine à la puissance du mari sur sa femme, *cùm mulier vero in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine.* Mais cette raison ne nous apprend pas pourquoi, lorsque le mari vient à mourir sans enfans, la femme devient à son tour propriétaire de tout ce qu'il laisse. Il faut donc chercher une autre origine à ce droit.

Dans l'ancienne jurisprudence romaine, les époux qui se mariaient par achat mutuel de leurs personnes, *per coemptionem*, se rendaient par-là *héritiers siens* l'un de l'autre ; le mari acquérait une puissance absolue sur la personne et les biens de sa femme, et il en devenait l'héritier, en cas de survie : réciproquement, lorsque le mari prédécédait, sa femme était son héritière. C'est ce qu'attestent Denis d'Halicarnasse, *antiq. Roman. lib. 2, cap. 26* ; Sigonius, *de antiquo jure civium Roman., lib. 1, cap. 9* ; *et* Cujas, *quæst. Papin*, sur la loi 7, D. *si tabulæ testamenti.*

« Il semble, dit Boullenois (*Traité des statuts personnels et réels*), que cet ancien droit romain ait passé dans la coutume de Liège. Le mari devient propriétaire des biens de sa femme ; et la femme, si elle survit sans enfans, devient propriétaire des biens de son mari ; ils sont en quelque manière héritiers siens l'un de l'autre. Tel est l'effet de la Main-plévie et de la foi qu'ils se jurent en se serrant la main, *Manus plicata.* Et voici, selon moi, quelles ont pu être les vues du législateur : ces deux mains serrées ensemble étaient le symbole du concours du mari et de la femme dans l'administration de la société qu'ils contractaient : mais comme la main du mari est toujours la plus forte et la plus capable d'agir, et celle qui serre et embrasse plus étroitement, aussi l'autorité et la puissance sur toute cette société lui était attribuée ; et de là le droit du mari sur la femme et sur ses biens : mais quand cette main puissante et maîtresse venait à manquer, l'autre qui concourait, soutenait seule, et pour lors serrait et embrassait le tout ; et de là le droit de la femme survivante sur les biens mêmes de son mari, quand il n'y avait point d'enfans. Et je pencherais pour cette dernière raison, plutôt que pour l'autorité maritale, puisque le droit de Main-plévie est pour la femme comme pour le mari, sous les modifications portées par la coutume ».

La nature et l'étendue du droit de Main-plévie sont parfaitement développées dans l'art. 1 du ch. 1, et dans les art. 13 et 14 du ch. 11 de la coutume citée. Voici les termes de ces textes : — L'homme, par mariage, est fait maître et seigneur absolu de tous biens meubles et immeubles, crédits et actions de sa femme, et encore de tous biens obvenus et acquis durant le mariage ; et a puissance d'en disposer entre-vifs, comme du sien propre, sans aveu ni consentement de sa femme, et demeure maître après la mort d'icelle sans enfans ; le tout ne fût qu'il y eût paction ou provision au contraire. — L'homme mourant sans laisser enfant de son mariage, la femme survivante, cessantes convenances ou dispositions même pendant le mariage, au contraire, emporte par droit de Main-plévie tous biens par son mari délaissés, de quelque sorte et nature qu'ils soient, et de quelque côté qu'ils procèdent, hormis les cas réservés au titre des successions des fiefs. — Et ne lui peut son mari ôter par testament tel droit ».

La différence qu'il y a, sur ce point important, entre la coutume de Liège et la plupart des autres, peut faire naître fréquemment des questions mixtes. Des conjoints dont le domicile matrimonial est à Paris, possèdent des biens dans la coutume de Liège : ou, *vice versâ*, des conjoints dont le domicile matrimonial est à Liège, possèdent des biens dans la coutume de Paris : quel sera, dans le choc de ces deux coutumes, l'effet qui résultera de l'une et de l'autre ?

Hertius, *de collisione legum*, n. 44, agite la même question entre la coutume de Liège, qu'il suppose être celle de la situation des biens, et celle d'Utrecht, qu'il admet pour loi du domicile matrimonial ; et il décide, d'après Méan, que l'on doit se conformer aux dispositions de celle-ci, parceque les conjoints sont censés les avoir adoptées en se mariant, et que la coutume de Liège permet expressément de déroger au droit de Main-plévie.

Cette raison est susceptible de quelques difficultés. Il est vrai que Dumoulin semble vouloir faire passer en force de conventions présumées, toutes les dispositions de la coutume du domicile matrimonial ; mais ce système est certainement trop général, et il est souvent dangereux d'en faire l'application aux espèces qui se présentent dans le cours des affaires.

Ce n'est pas que la décision de Hertius soit erronée, elle est au contraire très exacte, mais par une raison toute différente de celle qu'il en donne. Il est constant que l'on regarde comme statut per-

Source : BIU Cujas

sonnel, et conséquemment comme susceptible d'extension hors de son territoire, toute loi ou coutume qui règle l'état des personnes : or, on ne peut disconvenir que les articles cités de la coutume de Liége ne déterminent l'état des conjoints.

« En effet (dit Boullenois), quant au mari, cette coutume ne lui accorde pas simplement un gain particulier sur la dot de sa femme, mais elle règle l'état général et universel de la femme, en la faisant tellement tomber dans la dépendance du mari, qu'elle est comme absorbée elle et ses biens ; sa personne et ses biens passent dans le plein et universel pouvoir du mari. — Quant à la femme, on peut dire que cette coutume la met dans une société générale avec son mari, dont ce dernier est, à la vérité, le maître absolu pendant le mariage : mais si l'un des deux meurt, ou il y a enfans, ou il n'y en a pas. — S'il y a enfans, le survivant, soit père ou mère, est réduit à un usufruit des immeubles, outre la propriété des meubles, crédits et actions personnelles, suivant l'art. 15 du ch. 11. — Que s'il n'y a pas d'enfans, en ce cas, ou c'est le mari qui survit, il continue le domaine et la propriété qu'il a, suivant l'art. 1 du ch. 1 ; ou c'est la femme, et elle emporte réciproquement tout, hors les fiefs, à l'occasion desquels la coutume a des dispositions particulières. — Il faudra dire que les conjoints de la coutume d'Utrecht ayant, par convention présumée, voulu que leur état fût de n'être en société que par rapport aux biens qu'ils acquerraient pendant leur mariage, ils portent cet état de convention dans la coutume de Liége, et que le survivant n'aura pas tous les biens du prédécédé, mais seulement ceux acquis pendant le mariage, et n'en profitera que dans les termes de la coutume d'Utrecht, à raison de leur convention présumée, relative à la coutume d'Utrecht. — Mais de là il ne s'ensuivra pas que les conjoints mariés dans la coutume de Liége, et qui, de convention présumée, sont en société universelle de biens, auront tous les biens situés à Utrecht, si la coutume d'Utrecht est prohibitive d'une disposition aussi ample et aussi universelle ; en sorte que les conjoints ne portant dans la coutume de Liége leur état que par rapport aux biens de libre disposition, les biens prohibés se trouvent être régis par des dispositions réelles ».

V. Dévolution coutumière et *Humiers*.

* MAIN SOUVERAINE. La Main souveraine, c'est la main du roi. Se faire recevoir en foi par Main souveraine, c'est mettre en quelque sorte son fief en dépôt dans cette main suprême.

Les principes de cette matière sont très connus. Toutes les fois que la mouvance d'un fief est réclamée par deux seigneurs, comme il n'est pas possible que le vassal les serve l'un et l'autre, on l'autorise à porter son hommage au roi, et cette prestation le met à l'abri de la saisie ; cela est juste : le combat de fief ne doit pas nuire au vassal ; mais les choses doivent être égales ; et si la contestation ne peut pas faire que sa condition soit plus onéreuse, elle ne doit pas la rendre plus avantageuse. En conséquence, on a mis en principe, que pour obtenir la main-levée définitive de la saisie féodale faite par les deux seigneurs, ou l'un d'eux, il ne suffit pas au vassal de faire entre les mains du roi la vaine formalité de l'hommage, il faut en outre qu'il consigne les droits pécuniaires ; il faut même qu'il appelle les deux seigneurs à cette consignation. (M. H...) *

[[On a vu à l'article *Fief*, sect. 2, §. 6, que le régime féodal est entièrement détruit.]]

* MAINTENUE. Confirmation par autorité de justice dans la possession d'un bien ou d'un droit litigieux. *V. Complainte.* (M. Guyot.) *

* [[MAIRE (1). On nomme ainsi le fonctionnaire public chargé de l'administration communale.

La loi du 14 décembre 1789 ayant établi des municipalités dans chaque commune, le nom de Maire était donné au premier officier municipal. Il était, ainsi que ses collègues, nommé par les assemblées primaires.

La constitution du 5 fructidor an 3 établit des administrations municipales par canton ; et le premier des administrateurs ne prit plus le nom de Maire, mais celui de président. Cette administration siégeait au chef-lieu de canton. Il n'y eut plus alors dans les autres communes que des agens, tout à la fois membres de l'administration et subordonnés à ses ordres. Les assemblées primaires nommaient le président et les officiers municipaux, dans les communes de cinq mille habitans et au-dessus. Dans les communes au-dessous de cinq mille ames, les agens et leurs adjoints étaient nommés par l'assemblée communale.

Aujourd'hui, et d'après les dispositions de la constitution de l'an 8, il existe un Maire dans chaque commune.

Dans quelques grandes villes, il a été, dans le principe, établi plusieurs municipalités ; et chacune d'elles avait un Maire particulier. Ainsi, Paris a eu douze municipalités et douze Maires ; Lyon en a eu six ; Bordeaux et Marseille sept ; mais la loi du 15 ventose an 13 a abrogé cette exception, en ce qui concerne ces trois dernières villes, et Paris reste la seule dans laquelle il existe plusieurs municipalités : elles y sont toujours au nombre de douze.

Les Maires sont nommés par l'Empereur pour les communes de plus de cinq mille habitans. (Art. 18 de la loi du 28 pluviose an 8.) Il les choisit parmi les membres des conseils municipaux tant anciens que nouveaux. (Art. 13 du sénatus-consulte du 16 thermidor an 10, et avis du conseil d'état approuvé le 14 nivose an 11.)

Dans les communes au-dessous de cinq mille habitans, les Maires sont nommés par le préfet du

(1) Cet article appartient à M. Lagarde, préfet du département de Seine-et-Marne, membre de la légion d'honneur.

Source : BIU Cujas

département. (Art. 20 de la loi du 28 pluviose an 8.)

Les Maires ne sont nommés que pour cinq ans. A l'expiration de ce terme, leurs fonctions cessent de droit, mais ils peuvent être réélus. (Art. 13 du sénatus-consulte du 16 thermidor an 10.)

Dans l'intervalle de leurs fonctions, les Maires des communes au-dessous de cinq mille ames, peuvent être suspendus par les préfets. (Art. 20 de la loi du 28 pluviose an 8.) — Et l'on pense qu'un préfet ne devrait même pas balancer à suspendre par mesure de haute police, le Maire d'une commune de plus de cinq mille habitans, si la conduite de ce Maire compromettait la sûreté ou la tranquillité publique; mais il devrait aussitôt donner avis sur-le-champ au ministre de l'intérieur et de la mesure et de ses motifs.

La révocation des Maires n'appartient qu'au gouvernement. (Constitution de l'an 8.)

Les pouvoirs et les fonctions des Maires exigent des développemens.

L'auteur de cet article va adopter à cet égard la division qu'il a suivie dans une instruction qu'il vient, en sa qualité de préfet du département de Seine-et-Marne, de donner aux Maires de ce département; mais il retranchera de cette instruction, — 1° Tout ce qu'elle ne prescrit qu'en vertu de ses propres arrêtés et circulaires, parceque les dispositions n'en sont obligatoires que dans le département pour lequel elles ont été ordonnées; — — 2° Tout ce qui a pu déjà être dit, ou devra l'être ci-après, dans divers articles de cet ouvrage, auxquels on renverra.

SECTION I. *Nature et étendue du pouvoir des Maires.*

I. Le Maire est, dans sa commune, le dépositaire unique et exclusif de l'autorité administrative. (Art. 7 de l'arrêté des consuls du 2 pluviose an 9.) Il exerce cette autorité sous la direction et la surveillance immédiate du sous-préfet de son arrondissement, et sous la direction et la surveillance médiate du préfet. En sa qualité, il préside le conseil municipal, le conseil de répartition des contributions et les administrations de bienfaisance.

II. La loi lui donne, suivant la population de sa commune, un ou plusieurs adjoints. — Il n'y en a qu'un, si la population de sa commune n'excède pas quinze cents habitans. Il en a deux, si la population est de quinze cents à cinq mille; et il a en outre un commissaire de police si cette population est de cinq à dix mille habitans. Au-dessus de ce nombre, il a un adjoint de plus par vingt mille habitans, et un commissaire de police de plus aussi par dix mille habitans. (Art. 12 de la loi du 28 pluviose an 8.)

Dans le cas d'absence, maladie ou empêchement du Maire, l'adjoint est, de plein droit, investi de l'autorité administrative municipale, et il ne peut se dispenser d'en remplir les fonctions. S'il y a plusieurs adjoints, ce droit et ce devoir passent à celui dont la nomination est la plus ancienne; et s'ils ont été nommés par un même arrêté, à celui dont le nom s'y trouve le premier inscrit. Le second adjoint remplace, à son tour et nécessairement, le premier, en cas d'absence, maladie ou empêchement. Mais l'un et l'autre ne peuvent exercer l'autorité qu'au nom du Maire; et la signature qu'ils apposent à leurs actes, doit toujours être précédée de ces mots: *En l'absence du Maire*, ou *attendu l'empêchement du Maire, l'adjoint de la commune de.....*

Lorsque le Maire est présent, son adjoint n'a d'autorité que celle qui lui est spécialement déléguée; et, dans ce cas, chacun de ses actes doit énoncer cette délégation. S'il y a plusieurs adjoints, le Maire peut, à sa volonté, déléguer à l'un ou à l'autre les fonctions ou la partie de fonctions qu'il désire leur confier. Les adjoints resteraient constamment passifs, si le Maire voulait et pouvait se charger seul de toutes les parties de l'administration.

Pour l'ordinaire, un sentiment d'estime et de confiance réciproque associe les adjoints aux opérations des Maires, et en fait en quelque sorte leurs coadministrateurs; c'est une harmonie que les autorités supérieures verront toujours avec plaisir, parcequ'elle ne peut qu'être avantageuse pour les communes et pour le service public; mais il reste toujours vrai que le droit de décider appartient au Maire seul, et que c'est en son nom que doivent être faits tous les actes administratifs.

Il y a cependant des cas où les adjoints exercent, concurremment avec les Maires, les fonctions que la loi confie à l'autorité locale.

Tel est celui où ils se trouvent les premiers témoins d'un délit à constater, ou à portée de faire saisir un prévenu surpris en flagrant délit ou dénoncé par la clameur publique. Dans ces deux circonstances, ils n'ont pas besoin de délégation pour agir; la loi du 7 pluviose an 9 leur en impose l'obligation, comme aux Maires et aux commissaires de police.

Tel est encore celui où il s'agit de constater l'insolvabilité ou l'absence des redevables du trésor public; mais alors ils n'agissent pas seulement en concurrence avec les Maires: c'est simultanément avec eux, et *sous la responsabilité personnelle de l'un et de l'autre*, qu'ils délivrent les certificats exigés par l'arrêté du gouvernement du 6 messidor an 10. Ces certificats, suivant l'expression textuelle de l'arrêté même, doivent être délivrés par les Maires et adjoints, *sous leur responsabilité*.

Les adjoints sont aussi membres nés du conseil de répartition des contributions.

Enfin, les adjoints ont reçu de la loi du 27 ventose an 8, une attribution qui leur est propre, celle de remplir les fonctions du ministère public près le tribunal de police de leur canton, lorsqu'il est établi dans une commune où il n'existe point de commissaire de police. Dans l'exercice de cette

Source : BIU Cujas

fonction, ils ne sont ni les délégués des Maires, ni même des fonctionnaires de la hiérarchie administrative; ils appartiennent momentanément à l'ordre judiciaire.

A quelque titre qu'un adjoint administre, il est personnellement responsable des actes qu'il signe et des mesures qu'il ordonne, parcequ'il n'agit jamais comme commis du Maire, mais toujours comme fonctionnaire public revêtu d'un caractère qu'il tient de la loi.

III. Les Maires des communes dont la population s'élève à cinq mille habitans, ont le droit d'avoir un secrétaire, qu'ils nomment et révoquent à leur gré, et de lui faire payer un traitement annuel sur les revenus communaux.

Plusieurs autres Maires ont obtenu la même autorisation par des décisions des préfets. On croit devoir ici rappeler aux uns et aux autres, que ce secrétaire ne peut les représenter ni les remplacer dans aucune partie de leurs fonctions. C'est un simple employé en qui le gouvernement ne connaît aucun caractère public, et qui n'est responsable qu'envers le Maire qui l'a choisi. Sa signature ne peut rendre authentique aucun acte, aucune expédition, ni aucun extrait des actes de l'autorité; il n'y a que le Maire ou celui de ses adjoints qui le supplée, qui aient le droit d'apposer leurs signatures à des actes publics (1).

Une décision du ministre de l'intérieur, du 30 avril 1807, a cependant modifié ce principe en ce qui concerne la tenue du répertoire prescrit par l'art. 49 de la loi du 22 frimaire an 7, et destiné à inscrire les actes de la mairie qui doivent être enregistrés sur les minutes. (*V. Répertoire.*) En vertu de cette décision, tout Maire qui a un secrétaire salarié par la commune, peut lui déléguer la tenue de son répertoire, en lui faisant accepter cette délégation par un acte signé de lui et inscrit à la suite de l'arrêté par lequel il l'aura faite. Dans ce cas, deux expéditions de l'arrêté et de l'acceptation doivent être de suite adressées au sous-préfet de l'arrondissement, pour qu'il puisse en transmettre une au directeur de l'enregistrement, et l'autre au procureur impérial près le tribunal de première instance; et de ce moment, le secrétaire, qui a accepté la délégation, devient personnellement responsable des omissions qui pourraient être faites dans le répertoire, et passible des amendes qui pourraient être encourues, soit pour raison de ces omissions, soit pour défaut de présentation du répertoire au *visa* du receveur de l'enregistrement dans les dix premiers jours de chaque trimestre.

IV. Dans les communes dont la population est inférieure à cinq mille habitans, les fonctions de commissaire de police sont attribuées par la loi au Maire et à ses adjoints. Ces fonctions seront successivement indiquées dans les sections suivantes. Dans les autres communes, un commissaire de police les exerce sous la direction du Maire, à qui il est immédiatement subordonné, et par l'intermédiaire duquel il reçoit les ordres des autorités supérieures.

V. Chaque commune a un conseil municipal. Ce conseil n'est pas une autorité; c'est une réunion

---

(1) C'est ce que décide un avis du conseil d'état du 6 juin 1807, approuvé par l'Empereur le 2 juillet suivant; et dont voici les termes:

« Le conseil d'état, qui a pris connaissance d'un rapport fait à sa majesté l'Empereur et Roi par le ministre de l'intérieur, et par lequel ce ministre demande que le conseil d'état prononce sur la validité des extraits des registres de l'état civil et des actes de mairie, délivrés et certifiés par des employés des mairies, qualifiés de *secrétaires*; — Considérant, 1° que la loi du 28 pluviose an 8 n'a point recréé les secrétaires des administrations municipales supprimées, ni donné de signature publique à aucun des employés des mairies actuelles; et que conséquemment ces employés ne peuvent rendre authentiques aucun acte, aucune expédition, ni aucun extrait des actes des autorités, parcequ'il est de principe que personne n'a de caractère public qu'autant que la loi le lui a conféré; — 2° Que néanmoins, et depuis la loi du 28 pluviose, il a été délivré un grand nombre d'extraits des registres de l'état civil, sous le certificat et la signature d'employés qui se qualifient de *secrétaires* ou de *secrétaires généraux* de mairie; que plusieurs de ces actes ont été reçus en justice, et ont servi de base ou de pièces justificatives à des jugemens, ou à des procédures non terminées, qui seraient dans le cas d'être recommencées, si ces extraits n'étaient pas admis comme authentiques; — 3° Que ces extraits ont été délivrés par ces employés, et reçus par les parties, avec bonne foi de part et d'autre; de la part des employés, qui ont pu conclure de quelques actes du gouvernement qu'on leur reconnaissait un caractère public; de la part des parties, qui pouvaient d'autant moins reconnaître l'erreur commune, que la très grande majorité de ces extraits ont été légalisés, soit par les présidens des tribunaux de première instance depuis la loi du 25 ventose an 11, soit antérieurement par les préfets des départemens, ou les autres fonctionnaires qui les remplaçaient en cas d'absence ou d'empêchement; — 4° Et qu'enfin de tout temps, et dans toutes les législations, l'erreur commune et la bonne foi ont suffi pour couvrir, dans les actes, et même dans les jugemens, des irrégularités que les parties n'avaient pu ni prévoir ni empêcher; — Est d'avis, — 1° Que tous les extraits des registres des actes de l'état civil délivrés depuis la loi du 28 pluviose 8, sous le certificat et la signature des employés dits *secrétaires* ou *secrétaires généraux* de mairie, jusqu'au jour de la publication du présent avis, doivent être considérés comme authentiques, si cette signature a été, avant cette dernière époque, légalisée, soit par les Maires et les préfets de département, avant la loi du 25 ventose an 11, soit depuis par les présidens des tribunaux de première instance, ou par les fonctionnaires publics qui remplissaient momentanément les fonctions des uns et des autres, sauf les inscriptions en faux en cas de droit; — 2° Que le ministre de l'intérieur doit rappeler de nouveau, par une instruction, que les employés des mairies qui se qualifient de *secrétaires* et de *secrétaires généraux*, n'ont point de caractère public; qu'ils ne peuvent rendre authentiques aucun acte, aucune expédition ni aucun extrait des actes des autorités; que notamment les extraits des actes de l'état civil ne peuvent être délivrés que par les fonctionnaires publics dépositaires des registres; 3° Et qu'en général, et pour prévenir toute équivoque à l'avenir, le ministre doit rappeler aux Maires que, dans les actes où l'administrateur est le seul responsable, sa signature seule est nécessaire, et qu'il ne doit point y en être apposé d'autres ».

Source : BIU Cujas

d'hommes choisis parmi les plus recommandables et les plus éclairés de la commune, pour faire connaître ses besoins, exprimer le vœu de ses habitans, donner son avis sur l'emploi des revenus communaux, et enfin éclairer la décision des autorités supérieures, tant sur les comptes présentés que sur tout autre objet relatif à des intérêts locaux. Le Maire réunit ce conseil de plein droit le premier mai de chaque année, et cette session annuelle peut durer quinze jours; mais, dans l'intervalle d'une session à l'autre, il ne peut le convoquer sans une autorisation spéciale du préfet, obtenue par l'intermédiaire du sous-préfet de l'arrondissement. Toute convocation qui n'aurait pas été ainsi autorisée, serait illégale; et les actes qui en seraient la suite, seraient essentiellement nuls. Les Maires se doivent à eux-mêmes de ne jamais se prêter à ces violations de la loi; et s'il arrivait qu'ils n'eussent pu les prévenir, ils devraient s'empresser de les dénoncer. C'est dans ce sens que devra être entendu tout ce qui pourra être dit ci-après, sur les convocations extraordinaires des conseils municipaux.

Dans la session annuelle du premier mai, chaque conseil municipal a le droit de s'occuper de tous les besoins locaux et de tous les intérêts de la communauté des habitans; mais lorsqu'il est assemblé extraordinairement en vertu d'une autorisation particulière, le Maire doit veiller à ce qu'il ne délibère que sur l'objet de sa convocation, et l'avertir qu'il serait obligé de laisser sans suite toute délibération qui y serait étrangère.

Un conseil municipal est censé complet et peut valablement délibérer, toutes les fois que les deux tiers de ses membres se trouvent présens à la séance. Si ce nombre n'avait pu être réuni malgré les invitations du Maire, et que l'objet de la convocation fût le budjet des dépenses à proposer, ou toute autre affaire dont l'ajournement pût compromettre le service public, le Maire, après avoir constaté, par un procès-verbal, l'absence des membres manquans, et justifié que chacun d'eux a été dûment appelé, devrait faire entrer ses adjoints dans le lieu des séances et faire avec eux et les membres présens, quelque petit qu'en fût le nombre, toutes les opérations pour lesquelles la convocation du conseil aurait été jugée nécessaire. (*Instruction du ministre du 5 thermidor an* 10.) Mais, dans tout autre cas, un adjoint ne peut entrer au conseil municipal que pour y remplacer le Maire absent, malade ou empêché.

Les Maires ne doivent jamais voir dans une délibération du conseil municipal, autre chose que l'expression d'un vœu. Ils ne peuvent la faire exécuter qu'après qu'elle a été approuvée par le préfet.

VI. En plaçant toute l'autorité locale entre les mains des Maires, le gouvernement a dû compter sur leur empressement à justifier sa confiance, et sur leur dévouement à l'intérêt général. Ils lui en donneront la mesure en assurant l'exécution de ses ordres, en faisant respecter les lois, en maintenant les règlemens conservateurs de l'ordre public. Qu'ils se gardent sur-tout de penser que les dispositions des lois ou des arrêtés s'abrogent, en quelque sorte, par le temps, et qu'il leur est permis de voir avec quelque indulgence les abus sur lesquels des règlemens nouveaux n'ont pas particulièrement appelé leur attention. Une loi, une mesure de police, sont obligatoires tant qu'elles ne sont pas rapportées; et si le renouvellement des règlemens anciens est quelquefois utile pour donner plus de publicité à leurs dispositions, il n'est jamais nécessaire pour maintenir l'obligation de les exécuter: la nécessité de les publier de nouveau n'aurait même jamais lieu, si les Maires tenaient toujours exactement la main à leur observation.

Une surveillance active, une fermeté soutenue, l'emploi bien dirigé des moyens d'influence que donnent les fonctions publiques placées entre les mains d'un homme personnellement considéré, suffiront ordinairement pour assurer dans une commune la soumission aux lois et le respect dû à l'autorité. Si cependant un Maire rencontrait, dans l'exécution d'une mesure ordonnée, des résistances qui ne cédassent pas aux moyens de persuasion, son devoir serait de les vaincre, et de requérir à cet effet le ministère de la force publique. En pareil cas, la brigade de gendarmerie la plus voisine devient l'auxiliaire naturelle des autorités locales; mais on ne peut trop recommander aux Maires de bien motiver les réquisitoires qu'ils seraient dans le cas d'adresser au commandant, et sur-tout d'y éviter soigneusement toute expression qui présenterait l'idée d'*un ordre intime*. La loi autorise les Maires à *requérir* la gendarmerie, mais non pas à lui donner des ordres; une simple invitation peut même remplacer, dans beaucoup de cas, la formule des réquisitoires; et l'on ne peut douter qu'elle ne produise toujours le même effet auprès d'un corps essentiellement dévoué au maintien de l'ordre public, et accoutumé à respecter tous ses devoirs. *V. Gendarmerie.*

Le Maire qui serait menacé ou insulté dans *l'exercice de ses fonctions*, devrait à l'instant même faire saisir le coupable, dresser procès-verbal du délit, le transmettre au magistrat de sûreté et envoyer le coupable lui-même à la maison d'arrêt de l'arrondissement. *V. Injure*, §. 2. n. 4.

En s'attachant à faire exécuter les lois et à en faire une sage application, les Maires ne doivent pas négliger une autre partie de leurs fonctions, qui n'est ni moins honorable ni moins utile, celle d'indiquer à leur sous-préfet ou au préfet lui-même les améliorations dont ils auront reconnu la possibilité et les moyens de perfectionnement que l'observation ou l'expérience leur aura fait découvrir. Le gouvernement ne peut jamais être trop riche de ces élémens du bonheur public, et le préfet, qui les recevra toujours avec reconnaissance, même des particuliers étrangers à l'administration, doit les attendre plus particulièrement des Maires, à

Source : BIU Cujas

qui il sera toujours flatté de devoir l'idée des propositions utiles qu'il soumettra au gouvernement.

VII. Les constitutions de l'Empire et la législation ont tracé entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, une ligne de démarcation que ni l'une ni l'autre ne doit jamais franchir. Ainsi, les Maires seraient également répréhensibles si, sous quelque prétexte que ce fût, ils se permettaient d'usurper les fonctions attribuées à un tribunal quelconque, ou s'ils avaient, dans aucun cas, la faiblesse d'obtempérer à des actes judiciaires qui auraient pour objet leur conduite administrative ou des actes relatifs à l'exercice du pouvoir municipal. Plusieurs lois ont défendu aux tribunaux de connaître des actes d'administration, quels qu'ils fussent; et la constitution de l'an 8 ne permet pas de traduire devant les tribunaux aucun fonctionnaire de l'ordre administratif pour des faits relatifs à ses fonctions, sans une décision préalable du conseil d'état. Les Maires, qui auraient à se plaindre de la violation de ce principe constitutionnel, devraient s'empresser d'en informer le préfet. *V. Garantie des fonctionnaires publics.*

VIII. Des prérogatives honorifiques sont attribuées aux Maires et aux adjoints. Ils ont une place distinguée dans les cérémonies publiques, et, s'ils sont catholiques, dans l'eglise de leur paroisse. Ils ont aussi le droit de porter un costume déterminé par les art. 2 et 3 de l'arrêté des consuls du 17 floréal an 8. C'est à leurs fonctions que ces distinctions sont accordées pour ajouter au respect que l'intérêt public veut qu'ils obtiennent de leurs administrés.

Il reste maintenant à entrer dans le détail des diverses attributions des Maires; elles feront l'objet des sections suivantes.

Section II. *Etat civil et politique.*

§. Ier. *Actes de l'état civil, et tenue des registres destinés à le constater.*

On appelle *actes de l'état civil*, ceux par lesquels l'autorité publique constate les principales époques de la vie des individus, c'est-à-dire, leur naissance, leur mariage et leur décès.

La rédaction de ces actes appartient aux Maires; ils sont seuls *officiers de l'état civil et dépositaires des registres de leurs communes.* Dans cette fonction, comme dans toutes celles de la mairie, leurs adjoints ne peuvent, sauf le cas d'absence, les suppléer qu'en vertu d'une *délégation spéciale*, dont il doit être fait mention dans chacun des actes qu'ils rédigent. Sans cette précaution, l'acte est vicieux.

C'est sous la surveillance directe du procureur impérial près le tribunal de première instance de leur arrondissement, que les Maires remplissent les fonctions d'officiers de l'état civil. C'est par conséquent à ce magistrat qu'ils doivent référer de toutes les questions, de toutes les difficultés qui peuvent s'élever relativement à la régularité des actes.

On a vu aux articles *état civil*, *mariage*, *mort* et *naissance* (*acte de*), dans quelle forme doivent être tenus les registres de l'état civil, comment doivent être conçus les actes qui y sont inscrits, de quelle manière doivent en être délivrés les extraits, etc.

§. II. *Population.*

D'après les dispositions de la loi du 22 juillet 1791 sur la police municipale, et de celle du 10 vendémiaire an 4 sur la police intérieure des communes, il doit exister, dans chaque municipalité, un registre contenant les noms de tous les habitans de l'âge de douze ans et au-dessus. Dans les communes où ce registre a été formé et tenu avec soin jusqu'à ce jour, il suffira que les Maires y fassent successivement toutes les additions et toutes les radiations que les circonstances pourront exiger; dans celles où il n'existerait pas, l'autorité locale devrait s'empresser de le former, et de prendre des mesures pour le tenir désormais en règle.

§. III. *Registre civique.*

Indépendamment du registre de population, le décret impérial du 17 janvier 1806 a ordonné la formation d'un registre civique. Ce dernier ne se compose que des noms des personnes appelées à voter dans les assemblées de canton, ou, en d'autres termes, à jouir en France des droits de *citoyen français.* C'est au chef-lieu de chaque arrondissement qu'il doit être tenu; mais comme c'est par les Maires que les sous-préfets s'en sont procuré les élémens, il doit aujourd'hui exister dans chaque commune un état nominatif de tous les habitans appelés à y exercer leurs droits politiques, et à voter dans l'assemblée du canton dont cette commune fait partie.

Les Maires doivent y ajouter, chaque année, les jeunes gens qui atteignent l'âge de vingt-un ans accomplis, pourvu qu'ils résident dans la commune depuis un an révolu, et en informer le sous-préfet, afin qu'il les porte également sur le registre civique de l'arrondissement, et qu'il leur délivre une carte.

Ils doivent y ajouter également, sur leur demande, 1° ceux qui ont acquis domicile dans la commune par une année de résidence; 2° ceux qui, inscrits sur la liste des six cents plus imposés du département, ou appelés par le gouvernement à des fonctions publiques qui exigent un domicile politique dans l'arrondissement, ont déclaré qu'ils font choix de leur commune pour y exercer leurs droits; 3° les sénateurs, les conseillers d'état, les membres du corps législatif, ceux de la cour de cassation et de la cour des comptes, qui ont fait devant eux une pareille déclaration; 4° les membres de la légion d'honneur qui, désignés

Source : BIU Cujas

par brevet du grand-électeur pour faire partie du collège électoral de l'arrondissement ou de celui du département, auront fixé leur domicile politique dans la commune par une déclaration écrite et formelle.

§. IV. *Naturalisation des étrangers.*

V. Naturalisation.

SECTION III. *Ordre, tranquillité et sûreté.*

§. Ier. *Objets de surveillance journalière.*

Maintenir le bon ordre, garantir la tranquillité des citoyens, écarter tout ce qui peut compromettre leur sûreté, c'est pour l'autorité municipale un devoir de tous les jours et de tous les momens.

De ce principe dérive pour chaque Maire l'obligation,

1° De faire respecter la liberté des cultes religieux, et d'empêcher qu'ils ne soient troublés, soit par des tumultes excités dans l'intérieur des temples, soit par des attroupemens, des clameurs et des désordres venant des maisons ou des rues voisines;

2° De réprimer les atteintes portées aux mœurs; d'interdire tout ce qui pourrait tendre à les altérer; de surveiller d'une manière particulière les personnes suspectées de favoriser la débauche ou de corrompre les jeunes gens des deux sexes; d'empêcher qu'aucun individu ne se baigne publiquement dans des endroits voisins des habitations; de prohiber la vente ou l'exposition de toute image obscène;

3° De protéger la liberté individuelle, en s'opposant à toute arrestation qui ne serait pas faite en vertu d'une loi, ou sur l'ordre d'une autorité investie par la loi du droit de faire arrêter;

4° De maintenir la tranquillité dans les rues, les places publiques, les foires et marchés, en écartant de tout lieu de rassemblement les diseurs de bonne aventure et les escrocs qui volent l'argent des habitans des campagnes par des loteries et des jeux de hasard; en empêchant et faisant punir les bruits nocturnes qui troublent le repos des citoyens; en défendant les *charivaris*, source ordinaire de haines et de dissensions; en faisant fermer à des heures convenables et déterminées, les cabarets, cafés, salles de danse et tous les autres lieux de réunions publiques; en réprimant les rixes et les disputes; en faisant dissiper les attroupemens inquiétans, etc.;

5° D'ordonner la démolition ou la réparation des bâtimens qui menacent la sûreté des citoyens; d'empêcher qu'il ne soit exposé aux fenêtres ou sur toute autre partie des bâtimens, rien qui puisse nuire par sa chute, ou qu'il ne soit jeté de l'intérieur des maisons rien qui puisse blesser ou endommager; en un mot, de procurer la sûreté du passage dans les rues, places et voies publiques;

6° De veiller à ce que les aubergistes et logeurs tiennent exactement le registre prescrit par l'art. 3 du tit. 1er de la loi du 22 juillet 1791, relative à la police municipale; de ne laisser établir dans la commune aucun individu, sans exiger de lui la représentation du passeport en vertu duquel il est sorti de celle qu'il habitait précédemment, et la déclaration de ses moyens d'existence; de prendre des renseignemens particuliers sur tout nouvel habitant dont les pièces ou les déclarations laissent des doutes; de recommander à la surveillance spéciale de la gendarmerie, ceux sur lesquels le Maire de leur dernier domicile n'aurait pas rendu un compte satisfaisant, ou qui n'auraient pas produit des répondans sûrs.

Dans tous ces différens cas, les Maires ont reçu de la loi la double mission de prescrire ou de rappeler par des ordonnances de police, *qu'ils rendent comme administrateurs*, les mesures générales ou locales qu'exige l'ordre ou la sûreté publique, et de constater, par des procès-verbaux *qu'ils dressent comme commissaires de police*, les infractions faites aux lois et aux règlemens existans. Leurs ordonnances n'ont pas besoin d'être homologuées, lorsqu'elles ne font que rappeler à l'exécution des lois ou des arrêtés du préfet; mais si elles contiennent quelques dispositions particulières aux localités et non prévues par les règlemens antérieurs, ils doivent les soumettre à l'approbation du préfet par l'intermédiaire du sous-préfet de l'arrondissement.

Le maintien de l'ordre et l'exécution des règlemens de police exigent que les Maires puissent toujours entrer dans les lieux où tout le monde est admis indistinctement, tels que les cafés, les cabarets, les bals publics, etc.; aussi y sont-ils formellement autorisés par la loi du 22 juillet 1791 sur la police municipale; mais ils n'ont pas le droit d'entrer, même le jour, dans la maison d'un citoyen, si ce n'est pour un objet spécial déterminé ou par une loi ou par un ordre émané d'une autorité publique. Lorsque cet ordre existe, et qu'il est produit, le Maire à qui un particulier refuserait l'entrée de sa maison, devrait employer la force publique pour vaincre la résistance.

Les paragraphes suivans présenteront, sur plusieurs mesures d'ordre et de sûreté, des développemens propres à guider plus particulièrement la conduite des autorités locales. On se bornera ici à remarquer que leurs fonctions ayant pour objet spécial de prévenir les crimes, les délits et les accidens, ils ne peuvent surveiller avec trop de soin l'exécution des arrêtés par lesquels la plupart des préfets ont défendu aux cultivateurs de laisser dans les champs les coutres de leurs charrues, de ceux qui contiennent des mesures répressives contre les personnes qui font courir des chevaux ou voitures dans les rues des villes, bourgs et villages, de ceux enfin qui interdisent toute réunion pour le tir au fusil sans une permission spéciale.

Source : BIU Cujas

§. II. *Passeports.*

Les passeports pour l'intérieur de la France sont délivrés par les Maires. Ils ne peuvent les expédier que sur un papier uniforme, fourni par le ministre de la police générale. *V. Passeport.*

Les amnistiés, pour cause d'émigration, les forçats libérés, et généralement tous les individus qui sont placés par la police générale sous la surveillance des autorités locales, ne peuvent obtenir de passeports sans une autorisation spéciale. Cette autorisation doit être demandée par une pétition qui fasse connaître les motifs du déplacement, et au pied de laquelle le Maire certifie la vérité des faits qu'elle expose, et la bonne conduite du pétitionnaire. La demande ainsi appuyée est transmise au sous-préfet de l'arrondissement, qui l'envoie au préfet avec son avis.

Tout passeport, dont la délivrance a été autorisée par l'autorité supérieure, doit faire mention expresse de cette autorisation, et imposer à celui qui l'a obtenue, l'obligation de se présenter devant l'autorité locale de la commune où il est autorisé à se rendre.

Les passeports délivrés à des conscrits, doivent toujours indiquer la classe de la conscription à laquelle ils appartiennent, le canton où ils ont satisfait à la loi, et, autant que possible, le numéro qu'ils ont obtenu. *Ils ne sont valables qu'après avoir été visés par le préfet.* Ils doivent également être visés par l'officier de recrutement de l'arrondissement, toutes les fois que le conscrit appartient à une des classes postérieures à l'an 12, et qu'il est indiqué comme faisant partie du dépôt. Si le conscrit, qui réclame un passeport, a satisfait à la loi dans un autre département, il doit en justifier par un certificat du préfet du département dans lequel il a concouru. Ce certificat doit être joint au passeport que l'on adresse au préfet pour être visé.

Il ne peut être délivré à aucun individu de passeport qui l'autorise à mendier des secours, ou à faire par lui-même une quête ou collecte quelconque. Ces passeports seraient des brevets de mendicité ou de vagabondage, absolument contraires à l'esprit de la législation et aux intentions du gouvernement.

La formalité des passeports serait illusoire, s'ils n'étaient pas exigés et inspectés dans les communes que les voyageurs traversent. L'intention formelle de la loi est, comme on le verra à l'article *Passeports*, que les autorités locales se les fassent représenter, soit dans les villes, soit dans les communes rurales. Les Maires ne doivent pas perdre de vue que c'est principalement sur eux qu'elle compte pour assurer la surveillance dont elle établit la nécessité.

§. III. *Port d'armes.*

Le port d'armes est une concession de la haute police. Elle ne l'accorde que d'après des règles que l'intérêt public a dictées, et dont l'observation forme une garantie de plus pour la sûreté des personnes et des propriétés.

Pour obtenir un permis de port d'armes, il faut être propriétaire ou vivre d'une industrie connue, et être d'une moralité exempte de tout reproche. Les Maires ne doivent appuyer aucune demande de ce genre, sans s'être bien assurés que celui qui la forme, est incapable d'abuser de la faveur qu'il sollicite. *V. Armes*, §. 2.

§. IV. *Surveillance à exercer sur les amnistiés, les étrangers, les forçats libérés.*

Le sénatus-consulte du 6 floréal an 10 assujettit à une surveillance particulière les émigrés amnistiés pour fait d'émigration. Le gouvernement exerce cette surveillance par l'intermédiaire des autorités locales.

Les Maires, sous la surveillance desquels se trouvent placés des amnistiés, doivent avoir les yeux constamment ouverts sur leurs démarches et sur leurs liaisons. S'ils s'aperçoivent qu'ils essaient de troubler l'ordre ou la tranquillité publique, s'il vient à leur connaissance qu'ils se permettent des propos tendans à ébranler la fidélité des citoyens, à altérer leur respect pour le gouvernement, à leur faire haïr les nouvelles institutions, à corrompre l'esprit public, ils doivent en informer, sans délai, le sous-préfet de leur arrondissement.

Un amnistié ne peut, sans un ordre spécial du ministre de la police générale, changer la résidence qui lui a été assignée. Le Maire, à la surveillance duquel il a été confié, ne peut lui délivrer de passeport sans en avoir reçu l'autorisation. La marche à suivre pour obtenir cette autorisation, est tracée au *§. des passeports.*

Toutes les fois qu'un Maire reçoit du sous-préfet l'avis qu'un amnistié doit venir passer quelque temps dans sa commune, il doit prendre des mesures pour être instruit de l'époque de son arrivée, la constater sur son passeport qu'il doit se faire représenter, et veiller à ce qu'il ne prolonge pas son séjour au-delà du terme qui lui a été fixé. Il doit également informer le sous-préfet du jour de son départ, et de la conduite qu'il a tenue pendant son séjour.

Toutes ces dispositions sont également applicables aux individus qui ne sont pas nés Français, et ne le sont pas devenus.

Elles doivent aussi servir de règle à l'égard des forçats libérés. *V. Forçats.*

§. V. *Répression du vagabondage et de la mendicité.*

La mendicité, fille de la fainéantise, est ordinairement l'école du crime. Le brigandage se recrute dans la mendicité et se cache souvent sous ses haillons.

Source : BIU Cujas

C'est donc un devoir pour les Maires, d'écarter soigneusement de leurs communes et de signaler à la gendarmerie, tous les mendians étrangers à leur canton, qui viennent surprendre ou extorquer des secours réservés aux pauvres du lieu. Ils peuvent même les faire saisir sur-le-champ, et l'intérêt public exige qu'ils n'hésitent jamais à faire usage de ce droit contre les mendians valides ou insolens, et contre ceux qui cherchent à intéresser les ames charitables par des infirmités supposées. *V. Mendiant* et *Vagabond.*

§. VI. *Mesures relatives aux insensés.*

La divagation des insensés n'est jamais sans inconvénient pour la sûreté publique, sur-tout lorsque leur démence est accompagnée de fureur. L'autorité municipale doit prévenir le mal qu'ils pourraient faire, en ordonnant à leurs parens de veiller sur eux, et en les rendant responsables de leurs désordres. Si les parens négligent les précautions qui leur auront été prescrites, le Maire les traduit devant le tribunal de police du canton, pour y être condamnés conformément à l'art. 605 du Code des délits et des peines.

S'il était constaté que l'insensé eût tenté de mettre le feu ou de commettre quelqu'autre crime, la prudence exigerait que l'autorité locale le fît provisoirement mettre en lieu de sûreté, sauf à répéter contre sa famille la dépense à laquelle cette mesure aurait donné lieu. Les individus qui n'ont ni domicile fixe ni famille, doivent, dans ce cas, être remis à la gendarmerie.

Pour parvenir à la réclusion d'un insensé domicilié et ayant des parens, il faut commencer par faire constater son état de démence et le danger de le laisser en liberté. Les formalités à remplir en pareil cas, sont du ressort des tribunaux de première instance. C'est au procureur impérial près le tribunal de leur arrondissement, que les parens devront s'adresser pour connaître la marche qu'ils auront à suivre. *V. Démence* et *Interdiction.*

§. VII. *Mesures contre la divagation des animaux malfaisans et féroces.*

Le danger de la divagation des animaux malfaisans ou féroces, est prouvé par des exemples fréquens, et souvent par des accidens terribles. Les Maires ne doivent jamais oublier que c'est à eux que la loi du 24 août 1790, tit. 11, art. 3, n. 6, confie le soin d'obvier ou de remédier aux évènemens fâcheux qui pourraient être occasionnés par la divagation des animaux malfaisans ou féroces, et que c'est à leur diligence, ou à celle du commissaire de police, dans les lieux où il y en a, que les propriétaires de ces animaux doivent être poursuivis devant le tribunal de police, conformément à l'art. 605 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4.

§. VIII. *Chiens enragés.*

Dans tous les temps, l'autorité locale doit faire tuer, sans formalité, les chiens errans et suspects; mais cette mesure de prévoyance ne suffit plus lorsqu'un chien enragé, ou soupçonné de l'être, a parcouru le territoire d'une commune et y a mordu d'autres chiens. Alors, il n'y a plus qu'un moyen sûr de tranquilliser complètement le public; c'est de sacrifier tous les chiens qu'on sait avoir été exposés à la fureur de celui qu'on suspecte. L'intérêt de la sûreté générale doit ici l'emporter sur toutes les considérations particulières; le Maire qui s'écarterait de ce principe, s'exposerait à des reproches fondés, et pourrait se préparer des repentirs amers.

Il y a toujours, en pareil cas, des personnes qui réclament une exception en faveur de leurs chiens, et qui s'obligent à répondre de tous les évènemens. Ces sortes de demandes ne doivent être accueillies qu'avec la plus grande circonspection. Il y a bien peu de personnes, dans les communes rurales surtout, dont on pût raisonnablement attendre une surveillance prolongée *pendant quarante jours*, sur les animaux qu'on leur aurait laissés; et celles qui en contractent l'obligation, sentent souvent elles-mêmes que la nature de leurs occupations ne leur permettrait pas de s'y assujettir. Mais en supposant que cette condescendance puisse quelquefois être sans danger, le Maire devra du moins y mettre pour condition que le chien provisoirement conservé, soit tenu à l'attache pendant quarante jours consécutifs, que sa chaîne soit de fer, et qu'il soit placé dans un lieu où il ne puisse avoir de communication avec aucun autre animal. A l'instant où une seule de ces précautions sera négligée, il devra donner l'ordre de tuer le chien.

C'est la gendarmerie qui doit être requise, de préférence, pour abattre les chiens suspects; elle seule, pour l'ordinaire, met dans cette opération toute la fermeté et l'impartialité qu'elle exige.

§. IX. *Précautions particulières contre les incendies.*

Les précautions à prendre habituellement contre les incendies, sont,—La visite des fours et cheminées, faite aussi souvent que les circonstances l'exigent;—Une attention scrupuleuse à faire réparer ou abattre sans délai les cheminées et les fours trouvés en mauvais état; —Un soin soutenu à empêcher qu'on n'allume du feu à une distance moindre de cent mètres (cinquante toises) des maisons, bois, bruyères, meules de grains ou de pailles, etc.; — Le fréquent renouvellement de la défense d'entrer dans les granges, écuries, étables, ou d'approcher des meules de grains ou de fourrages, avec des pipes allumées; à exiger que toutes les familles soient munies d'une lanterne en bon état; à proscrire le dangereux usage de faire sécher le chanvre dans

Source : BIU Cujas

les fours, etc., etc. — Il n'y a presque pas de département où les règles de la conduite à tenir par les Maires dans ces différens cas, ne soient rappelées par les arrêtés du préfet.

Une précaution non moins essentielle que les précédentes, c'est de veiller à ce qu'aucun coup de feu ne soit jamais tiré dans une commune sans la permission de l'autorité locale, et de ne jamais accorder cette permission sans s'être assuré qu'elle ne peut occasionner aucun accident : c'est une attention qu'on ne peut trop recommander aux Maires, et dont l'importance ne peut leur échapper.

Les fours à briques, à tuiles, à chaux ou à plâtre, placés dans l'intérieur des communes ou dans un local trop rapproché des habitations, peuvent aussi devenir une cause d'incendie, ou du moins d'inquiétude pour les voisins. La plupart des préfets ont indiqué par des arrêtés spéciaux les moyens d'obvier à ce danger, et même de le faire cesser partout où il existe. *V. Incendie*, §. 1.

§. X. *Inondations et crues d'eaux.*

La sûreté publique peut se trouver momentanément compromise par des crues d'eau extraordinaires. Ces sortes d'évènemens doivent attirer toute l'attention de l'autorité locale. Sa prévoyance peut en diminuer les effets.

Ainsi, lorsque la crue des rivières et ravins, lorsque des fontes subites de neiges ou d'autres signes précurseurs des inondations se manifestent, le Maire doit visiter les rivières et faire enlever tout ce qui pourrait en gêner l'écoulement; voir si les bateaux sont garés ou suffisamment amarrés; faire passer dans les parties inférieures ceux qui se trouveraient au-dessus des ponts; faire retirer des ports et quais les objets que les eaux pourraient entraîner; faire lever les vannes des moulins, sur-tout de ceux qui tiendraient à des ponts, et si des glaces sont attachées aux arches, les faire casser, etc. Enfin, il doit porter son attention, et appeler celle de l'ingénieur le plus prochain, sur la manière dont la crue s'est formée, afin que l'autorité supérieure soit à même de chercher les moyens qui pourraient en prévenir le retour.

Si la crue augmente et que le danger devienne imminent, le Maire doit assurer par-tout des moyens de secours, faire un appel à l'activité des citoyens et la diriger; visiter les maisons menacées, et prévenir les habitans de se préparer à en sortir au premier ordre avec leurs bestiaux et effets; recommander les maisons isolées à la surveillance de la gendarmerie, afin qu'en cas de débordement, les personnes qui les occupent, ne manquent pas de secours et de subsistances; enjoindre à tous les mariniers de se tenir prêts avec leurs bateaux, pour donner des secours aux malheureux qui en auraient besoin, et pour recueillir ce que les eaux auraient entraîné. — Il doit indiquer des lieux de dépôt pour les objets recueillis, et assurer aux mariniers une juste récompense avant la remise de ces objets aux propriétaires; exiger des déclarations, dans le jour, de tout ce qui a pu être ainsi sauvé, afin que les propriétés des victimes d'une inondation, ne puissent devenir la proie de ceux qui devaient les conserver; enfin, s'il existe dans les lieux menacés des amas de chaux, il faut les faire enlever de suite, afin d'éviter que le fléau du feu ne vienne se joindre à celui de l'inondation.

Si le débordement a lieu, l'évacuation des maisons et toutes les mesures préparées à l'avance, doivent s'exécuter sur-le-champ.

Lorsque les eaux se sont retirées, le Maire ne doit laisser rentrer personne dans les maisons qui ont été inondées, qu'après que des hommes de l'art ont vérifié que les fondations n'en ont pas été dégradées d'une manière dangereuse.

D'autres précautions sont encore nécessaires pour prévenir les maladies que la stagnation des eaux peut occasionner; mais elles rentrent dans les mesures dont il sera question ci-après, section 4.

§. XI. *Obligation de constater les crimes et les délits.*

Indépendamment des mesures administratives qu'ils ont à prendre pour le maintien de la sûreté publique, les Maires sont encore chargés, tant par le Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, que par les lois des 22 juillet 1791 et 7 pluviose an 9, de dénoncer au magistrat de sûreté de leur arrondissement tous les crimes et délits commis dans l'étendue de leurs communes respectives. Ils doivent, en conséquence, constater par des procès-verbaux tous les actes susceptibles de l'application d'une peine à infliger par les cours de justice criminelle, ou par les tribunaux de police correctionnelle, même faire saisir les prévenus, dans le cas de flagrant délit, ou sur la clameur publique, et les faire conduire de suite devant le magistrat de sûreté, en lui envoyant les procès-verbaux qu'ils auront dressés, les déclarations qu'ils auront reçues, et les pièces de conviction qu'ils auront pu recueillir. S'ils ne peuvent faire conduire de suite les délinquans, ils doivent les faire garder à vue dans une salle de la maison commune; mais ils ne peuvent jamais les y retenir plus de vingt-quatre heures. *V. Magistrat de sûreté* et *Officier de police judiciaire.*

Section IV. *Salubrité.*

§. I. *Mesures conservatrices de la salubrité de l'air et des eaux.*

I. En matière de salubrité, le premier de tous les principes est que l'autorité locale doit ordonner tout ce qui est nécessaire pour la garantir, et défendre tout ce qui tend à l'altérer. Aussi la loi du 24 août 1790 confie-t-elle expressément à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux, le soin

Source : BIU Cujas

de prévenir, par des précautions convenables, tous les maux qui peuvent résulter de la malpropreté des rues, de l'altération des eaux, de la mauvaise qualité des comestibles ou des boissons, etc.— Les Maires pourvoient à ces différens objets par des ordonnances de police qui sont provisoirement exécutoires, sauf aux parties qui se croient lésées, à en demander au préfet la réformation pour l'avenir.

II. Le nettoiement des rues et des places publiques est un des moyens les plus sûrs pour entretenir la salubrité de l'air. Les mesures de police à prendre à cet égard, sont subordonnées aux localités; mais il n'est point de commune qui n'en exige quelques unes. Chaque Maire distinguera aisément celles que l'intérêt de ses administrés lui prescrit d'employer. *V. Boues et Lanternes.*

III. Aucune substance malsaine, ou susceptible de causer des exhalaisons nuisibles, ne doit être jetée ou déposée dans les rues. On n'y doit point laisser couler le sang des animaux tués. En cas de contravention à cette disposition générale, les délinquans doivent être traduits devant le tribunal de police du canton. *V. Fumiers.*

IV. A la suite des inondations, des dégels, des fontes de neiges, les Maires doivent veiller à ce que chaque habitant fasse vider de suite l'eau que le débordement aurait pu porter dans ses caves, et en fasse enlever la vase et le limon qui s'y trouveraient déposés. Il faut aussi laver les murs, les planchers; il faut réassainir entièrement les lieux; il faut que les individus eux-mêmes s'assujettissent à des précautions salutaires auxquelles on doit les inviter. Toutes ces mesures sont indiquées, pour le département de Seine et Marne, dans une instruction du préfet, du 29 brumaire an 11, et dans un avis de médecin, imprimé à la suite.

Dans les grandes chaleurs, les Maires peuvent exiger que chaque citoyen jette, à des heures déterminées, plusieurs seaux d'eau devant sa porte.

V. Les pigeons, les lapins, les boucs, les chèvres, les porcs, etc., ne doivent jamais être soufferts dans l'enceinte des villes. L'expérience a constamment justifié la sagesse des règlemens qui les ont proscrits.

D'autres règlemens veulent que *les tueries ou abattis des bouchers soient placés hors des villes.* Leur inexécution occasionne souvent des maladies graves et des épidémies meurtrières, que l'autorité locale doit s'attacher à prévenir, en écartant les foyers de corruption qui les produisent.

En général, toutes les fois qu'un métier quelconque ne peut être exercé dans une commune sans danger pour la santé de ceux qui l'habitent, le Maire doit l'écarter de son enceinte; mais, pour ne pas se tromper dans l'application de ce principe, il convient qu'en cas de doute, il produise à l'appui de ses propositions l'avis motivé d'un ou de plusieurs médecins. Le préfet fait alors consulter le conseil municipal, et prononce d'après son avis et celui du sous-préfet.

Une conséquence du principe qui vient d'être établi, c'est que les Maires doivent surveiller le placement des usines et des métiers qui, devant nécessairement être à la proximité de l'eau, y délayent des ingrédiens nuisibles au corps humain. De ce nombre sont ceux des teinturiers, dégraisseurs, mégissiers et tanneurs. On leur assigne ordinairement de petits bras de rivières qui ne servent qu'à cet usage; mais s'il est impossible de les isoler complètement, il faut du moins tâcher qu'ils soient toujours placés au-dessous des villes, afin qu'ils ne puissent pas altérer l'eau supérieure.

Dans le cas où la salubrité exigerait la suppression d'un établissement de ce genre, le Maire doit la proposer au sous-préfet, et indiquer, s'il est possible, un emplacement où l'atelier puisse être transféré.

VI. Parmi les mesures que commande la salubrité publique, on ne doit pas oublier le curement des fossés destinés à recevoir les eaux, le fréquent nettoiement des égoûts et des abreuvoirs publics, la défense de faire rouir le chanvre, soit dans les rivières, soit dans des marres ou autres pièces d'eau voisines des habitations; l'enlèvement des fumiers placés, dans l'intérieur des communes ou même au-dehors, à des expositions nuisibles, et enfin la surveillance sévère et soutenue qu'exige la vidange des fosses d'aisance. Chaque Maire distinguera facilement celles de ces mesures à l'exécution desquelles les localités et les circonstances lui prescrivent de donner une attention plus particulière.

Mais il en est une qu'on ne peut trop recommander à tous, c'est de veiller à ce que les cadavres des animaux et bestiaux morts soient enfouis dans la journée. L'obligation en est imposée aux propriétaires de ces bestiaux, par la loi du 28 septembre 1791 sur la police rurale. En cas de négligence de leur part, cette même loi porte qu'ils seront condamnés à une amende de la valeur d'une journée de travail, et aux frais de transport et d'enfouissement. L'autorité locale a donc un moyen bien simple de prévenir les suites de leur insouciance et de leur en faire subir la peine. Que chaque Maire stimule à cet égard la surveillance des gardes champêtres; qu'il fasse constater par des procès-verbaux, toutes les contraventions qu'ils découvriront dans leurs tournées; qu'il traduise les délinquans au tribunal de police du canton; et quelques exemples de sévérité suffiront pour rétablir l'ordre et pour détruire un abus qui devient de jour en jour plus général, et dont la salubrité publique réclame si impérieusement la répression.

§. II. *Surveillance sur la vente des comestibles et des boissons.*

Personne n'ignore l'influence des alimens sur la santé. Sous ce rapport, la vente des comestibles et des boissons ne peut être surveillée avec une attention trop sévère.

Si des blés avaient été altérés dans leur principe, par l'humidité ou autrement, le Maire, après

Source : BIU Cujas

avoir fait constater par des médecins le danger d'en faire usage, devrait en interdire la vente, et défendre aux boulangers d'en acheter et aux meuniers d'en moudre.

Des règlemens non abrogés défendent aux bouchers d'exposer en vente aucune viande provenant de bête morte de maladie, de porc atteint de ladrerie, de mouton attaqué du claveau, ou d'agneau trop jeune.

Les statuts des bouchers, homologués par lettres-patentes du 1er juin 1782, contiennent la défense expresse d'acheter ni débiter aucuns veaux ayant moins de six semaines, comme aussi de vendre ou laisser vendre par leurs garçons des veaux trouvés dans les entrailles des vaches qu'ils auront tuées.

Les règlemens défendent aussi aux poulaillers et rôtisseurs d'exposer en vente aucune volaille étouffée ou morte d'elle-même, et aux marchands de poisson de le vendre corrompu ou altéré, soit avec de la chaux, soit par tout autre procédé.

Il est défendu encore à tout marchand de vin d'en vendre qui ait été falsifié, ou dans lequel on ait fait entrer de la litarge, du bois des Indes, de la poix-résine, du plâtre, de la chaux vive, des chapelures de marbre, et en général toute espèce de drogues ou mixtion capable d'altérer la santé.

C'est aux Maires, comme officiers de police, à assurer dans leurs communes l'exécution de ces divers règlemens, et à provoquer la punition de ceux qui les enfreignent. Ils doivent par conséquent, d'une part, saisir et faire détruire sur-le-champ tout comestible corrompu ou nuisible qu'ils trouveraient exposé en vente; et d'autre part, traduire au tribunal de police du canton les marchands qui se seraient permis de l'exposer. Quant à la vente des boissons falsifiées, elle entraîne des peines correctionnelles, et c'est au magistrat de sûreté de l'arrondissement que doivent être remis les procès-verbaux relatifs à ce genre de délit.

Il peut n'être pas inutile de remarquer ici que le droit de surveiller la vente des comestibles, ne donne pas aux Maires celui de les taxer tous. Le pain et la viande de boucherie sont seuls susceptibles d'être taxés par l'autorité locale : le vin, le blé et toute autre espèce de denrée n'y peuvent être assujettis en aucun cas. (*Loi du 22 juillet 1791, tit. 1, art. 30.*) *V.* au surplus, *Boucher* et *Boulanger*.

§. III. *Surveillance de la vente des médicamens et des substances vénéneuses.*

La préparation des médicamens est réservée par la loi aux pharmaciens, et l'exercice de cette profession délicate n'est permis qu'à ceux dont un examen préalable a garanti la capacité. Le Maire qui souffrirait qu'un individu quelconque vendît, sans titre légal, des préparations médicinales ou des drogues composées, deviendrait, en quelque sorte, complice de tous les assassinats qui pourraient être la suite de sa désastreuse imprévoyance. *V. Apothicaire, Drogues, Droguistes* et *Médecin*.

Tout débit au poids médicinal, toute distribution de drogues et préparations médicamenteuses, faits sur des théâtres ou étalages, dans les places publiques, ou dans les foires et marchés, sont punis d'une amende de 25 à 600 fr., et même d'emprisonnement, en cas de récidive. Les Maires doivent à leurs administrés de les garantir de ces charlatans effrontés qui viennent leur offrir *pour 2 sous* des remèdes universels et infaillibles. Ils sont tenus de dénoncer au magistrat de sûreté de leur arrondissement tous ceux qui se présenteraient dans leurs communes pour y mettre à contribution l'ignorance et la crédulité.

Les medicamens gâtés doivent être saisis de suite par les autorités locales; le pharmacien, droguiste ou épicier qui les aurait vendus, devrait être traduit à la police correctionnelle. (*Loi du 22 juillet 1791.*)

Les pharmaciens et épiciers peuvent seuls tenir et vendre des substances vénéneuses, et ils sont, à cet égard, assujettis à des règles dont il est parlé sous les mots *Apothicaire* et *Poison*.

Les Maires ne peuvent trop sévèrement tenir la main à l'exécution de ces dispositions, dont l'importance n'a pas besoin d'être prouvée. Ils doivent de temps en temps les rappeler à ceux qu'elles concernent, et veiller à ce qu'ils aient tous un registre pour recevoir les déclarations des acheteurs. La loi du 21 germinal an 11 exige que ce registre soit coté et paraphé par le Maire ou par le commissaire de police.

La surveillance de la vente des médicamens et des poisons est spécialement confiée aux membres des jurys de médecine; cependant les Maires auraient grand tort de la regarder comme étrangère à leurs attributions. Elle est pour eux un devoir journalier; et les membres du jury eux-mêmes ne l'exercent qu'avec leur concours, puisqu'ils ne peuvent se présenter dans les officines des pharmaciens et dans les boutiques des épiciers, qu'accompagnés, soit des Maires ou adjoints, soit du commissaire de police, et que c'est par ces derniers que sont dressés les procès-verbaux qui constatent les contraventions.

§. IV. *Surveillance à exercer sur les médecins, chirurgiens et sages-femmes.*

Les devoirs des Maires, à cet égard, sont, — 1° de ne laisser exercer aucune des branches de l'art de guérir, dans leurs communes respectives, par des individus non inscrits sur la liste générale des médecins, chirurgiens, officiers de santé et sages-femmes du département, à moins qu'ils n'aient fait reconnaître leurs droits par le sous-préfet, et qu'ils ne soient porteurs d'un diplôme enregistré tant à la sous-préfecture qu'au greffe du tribunal de première instance de l'arrondissement; — 2° de dénoncer au procureur impérial près le tribunal de

Source : BIU Cujas

première instance, ceux ou celles qui se permettraient de pratiquer la médecine, la chirurgie, ou l'art des accouchemens, sans que leurs droits fussent établis, soit par la liste générale, soit par l'enregistrement de leurs diplômes. *V. Chirurgien* et *Médecin.*

Toutes les fois qu'un médecin, chirurgien, ou officier de santé inscrit sur la liste générale, vient à décéder ou à quitter la commune indiquée dans cette liste comme étant celle de sa résidence, le Maire doit en donner avis au sous-prefet, afin qu'il puisse provoquer auprès du préfet les changemens à faire en conséquence lors de la réimpression de la liste.

§. V. *Police des inhumations, et placement des cimetières.*

L'exécution des lois relatives aux inhumations a, sur la salubrité de chaque commune, une influence plus ou moins sensible; mais il n'en est aucune où elle puisse être négligée sans danger. Les devoirs des Maires à cet égard sont tracés par le décret impérial du 23 prairial an 12. *V. Cimetière* et *Sépulture.*

§. VI. *Epidémies.*

Tous les moyens qui tendent à entretenir la salubrité, tendent, par la même raison, à écarter les maladies épidémiques. Ainsi, les mesures de salubrité dont il est parlé dans les paragraphes précédens, sont déjà autant de précautions indiquées contre les épidemies locales.

Il y a cependant des causes d'épidémies qu'il n'est pas au pouvoir de l'administration de détruire; telles sont, par exemple, la position topographique d'une commune, la nature des travaux auxquels ses habitans se livrent, les alimens grossiers et malsains dont ils font usage, la forme et les emplacemens qu'ils s'obstinent à préférer dans la construction de leurs maisons, etc. Sur quelques uns de ces objets, les Maires peuvent bien donner quelques conseils utiles; mais ordinairement ils les donnent sans autre espoir que celui de préparer un meilleur avenir aux générations à naître.

Quelle que soit au surplus la cause d'une épidémie, aussitôt qu'elle se manifeste, et que les maladies excèdent le nombre ordinaire, le Maire doit en donner avis au sous-préfet, afin que celui-ci puisse envoyer de suite le médecin des épidémies dans les lieux où sa présence sera jugée nécessaire. Mais il doit bien prendre garde que cette preuve de sa sollicitude ne répande dans le public des alarmes déplacées; l'inquiétude qui en résulterait, suffirait pour donner à des maladies très ordinaires un caractère dangereux. En pareil cas, la prudence prescrit à l'administrateur, comme au médecin, d'atténuer autant que possible les premières impressions de terreur; il doit regarder comme un moyen de diminuer le danger, tout ce qui tendra à tranquilliser les malades et à rassurer ceux qui ne le sont pas, sans leur faire négliger les précautions convenables. Cette attention est d'autant plus essentielle, qu'une assez grande partie des maladies que le vulgaire qualifie d'épidemiques, ne le sont réellement pas, et qu'une maladie peut d'ailleurs être épidémique sans être contagieuse.

§. VII. *Epizootie.*

Il faut ranger dans la classe des mesures de salubrité prescrites aux administrations locales, le soin de prévenir les maladies épizootiques, d'en arrêter les progrès, d'en empêcher la communication. *V. Epizootie.*

Section V. *Commerce et Industrie.*

§. I. *Commerce et libre circulation des grains.*

La circulation des grains est entièrement libre dans l'intérieur de la France. (*Loi du 21 prairial an 5.*)

Tout Maire ou autre fonctionnaire public qui n'aurait pas fait tout ce qui était en son pouvoir pour assurer la libre circulation des subsistances, serait condamné, outre la restitution, à une amende de la moitié de la valeur des grains arrêtés, pour le paiement de laquelle il serait tenu de donner caution. A défaut de cautionnement, il serait soumis à la peine de six mois d'emprisonnement. (*Loi du 21 prairial an 5. V. Grains.*)

Les Maires peuvent fixer les heures où les marchands de grains et blâtiers patentés seront autorisés à acheter dans les marchés publics. Leurs ordonnances, à cet égard, doivent toujours être adaptées aux circonstances du moment et aux usages locaux.

Ceux des communes où les marchés se tiennent, constatent le prix courant des grains qui s'y vendent, sur un registre à ce destiné. Les 15 et 30 de chaque mois, ils envoient au sous-préfet de leur arrondissement, en double expédition, un relevé de ce registre, certifié par eux. *V. Mercuriales.*

Les Maires des communes où il existe en même temps un marché et une brigade de gendarmerie, doivent lui adresser, en outre, mais seulement à la fin de chaque trimestre, un état présentant, pour chacun des trois mois précedens, le prix moyen du cent de bottes de paille ou de foin, vendues sur leurs marchés respectifs. Dans cet état, chaque botte doit être supposée du poids de cinq kilogrammes.

S'il ne se vend ni foin ni paille sur le marché de la commune, le Maire établit le prix de ces denrées d'après le taux commun des conventions faites entre particuliers.

§. II. *Commerce des bestiaux.*

On ne rappellera pas ici les précautions que les

Source : BIU Cujas

Maires doivent prendre pour écarter des foires et marchés de leurs communes, les bestiaux qui pourraient y introduire quelques maladies contagieuses. Cet objet a été suffisamment traité au mot *Epizootie*.

On n'a ici en vue que les règlemens qui défendent aux bouchers et marcandiers d'acheter des bestiaux propres à la boucherie sur les routes qui aboutissent aux marchés de Sceaux et de Poissy, dans le rayon de dix myriamètres de Paris. — Cet abus peut avoir des conséquences désastreuses pour l'approvisionnement de la capitale : à ce titre, il a, dans tous les temps, excité la sollicitude du gouvernement; et les Maires qui sauraient qu'il existe dans leur arrondissement, devraient s'empresser de le réprimer. Les procès-verbaux qu'ils peuvent être dans le cas de dresser sur cet objet, doivent être transmis de suite au préfet par l'intermédiaire du sous-préfet. — Il existe sur cette matière un arrêté du ministre de l'intérieur, du 19 ventose an 11.

§. III. *Commerce des armes fabriquées hors des manufactures impériales.*

Tout fourbisseur, tout armurier, tout homme faisant le commerce des armes, doit tenir un registre et y inscrire, jour par jour, la quantité et l'espèce de toutes les armes qu'il a vendues ou achetées, les dates des ventes et des achats, les noms des personnes à qui il les a vendues, ceux des personnes de qui il les a achetées, ou des manufactures et magasins où il s'est approvisionné; enfin, le nombre des fusils qu'il a raccommodés, avec les noms des personnes à qui ces fusils appartiennent.

Dans les cinq premiers jours de chaque trimestre, ces fourbisseurs, armuriers et autres, doivent remettre au Maire de leur commune un relevé de ces registres, pour être transmis au sous-préfet. (*Arrêté du ministre de la police générale, du 25 avril 1807.*)

C'est à chaque Maire à surveiller l'exécution de ces dispositions dans sa commune, s'il y existe des personnes auxquelles elles soient applicables. Il est même tenu de faire chez elles de fréquentes visites, pour s'assurer si leurs registres sont tenus exactement. S'il remarque des contraventions, il doit en prévenir l'autorité supérieure. *V.* au surplus *Armes*, §. 1.

§. IV. *Police particulière pour la vente des poudres à tirer.*

Tout individu commissionné pour la distribution des poudres est tenu de faire viser sa commission par la municipalité du lieu où il doit résider. (*Arrêté du gouvernement, du 1er jour complémentaire an 5.*)

Chaque débitant de poudre doit avoir un registre sur lequel il inscrit, jour par jour, sans aucun blanc ni interligne, les noms, prénoms, professions et domicile de ceux à qui il en a livré. Il doit également être muni d'un carnet, qui indique la quantité de poudres qu'il a lui-même achetée au magasin. Le Maire de la commune a le droit de se faire représenter ce registre et ce carnet, toutes les fois qu'il le juge convenable; il est de son devoir de les vérifier au moins une fois par mois. S'il y appercevait des indices de fraude, ou s'il reconnaissait qu'il eût été délivré de la poudre à des individus capables d'en faire un mauvais usage, il devrait sur-le-champ en donner avis au préfet, par l'intermédiaire du sous-préfet de l'arrondissement.

Sur la réquisition des préposés de l'administration des poudres, les Maires doivent faire des visites domiciliaires chez les personnes soupçonnées de vendre de la poudre sans autorisation, ou d'en conserver chez elles (sans permission spéciale), plus de cinq kilogrammes.

Ils devraient aussi, même sans attendre qu'ils y fussent provoqués, en faire chez le débitant commissionné qu'ils présumeraient vendre de la poudre de contrebande.

Dans l'un et l'autre cas, ils procèdent avec les formalités prescrites par l'art. 26 de la loi du 13 fructidor an 5. Au surplus, *V. Poudre à tirer.*

On doit ici rappeler aux Maires que les poudres, considérées matériellement, peuvent singulièrement compromettre la sûreté publique, et que leur placement, ainsi que leur transport, doivent être l'objet constant de la surveillance de la police locale. Elle doit veiller à ce que les entrepôts, toujours isolés des habitations, ne menacent pas l'asile et la vie des citoyens, à ce qu'on n'y laisse jamais entrer d'enfans, à ce qu'on n'y introduise ni feu, ni matière propre à l'exciter. Elle doit s'opposer à ce que des convois de poudre séjournent dans l'intérieur des communes, sauf à les faire garder soigneusement hors de leur enceinte. Elle ne doit pas même permettre que ces convois traversent les communes, hors le cas d'absolue nécessité; et alors elle doit exiger que les chevaux soient conduits très lentement, que les conducteurs ne s'en écartent pas un seul instant, que les voitures soient souvent rafraîchies, en un mot, qu'aucune des précautions propres à prévenir les malheurs, ne soit omise ou négligée. En pareille matière, les mesures de prévoyance ne peuvent être trop multipliées; et c'est, pour ainsi dire, sur l'inquiétude de l'administration que repose la sécurité des administrés.

§. V. *Police relative à la vente des matières d'or et d'argent.*

Ceux qui veulent fabriquer des ouvrages d'or et d'argent, doivent se faire connaître à la municipalité du lieu où ils entendent s'établir, et y faire insculper leur poinçon particulier, avec leur nom, sur une planche de cuivre à ce destinée. Ceux qui se bornent à vendre des ouvrages fabriqués, sont dispensés d'avoir un poinçon, mais ils doivent faire leur déclaration à l'autorité locale.

Source : BIU Cujas

Les uns et les autres sont tenus d'avoir un registre, sur lequel ils inscrivent la nature, le poids et le titre des matières et des ouvrages d'or et d'argent qu'ils vendent, de ceux qu'ils achètent et de ceux qui leur sont apportés pour être raccommodés ou pour toute autre cause, avec les noms et demeures de ceux dont ils les ont achetés, ou qui les ont apportés ou déposés chez eux. Ce registre doit être coté et paraphé par le Maire, qui a le droit de s'en faire faire la représentation toutes les fois qu'il le juge convenable. Chacune de ces dispositions s'applique aux joailliers, aux fabricans ou marchands de galons, tissus, broderies et autres ouvrages en fil d'or ou d'argent, et aux fabricans de plaqué et doublé d'or et d'argent sur tous métaux.

Les marchands ambulans d'ouvrages d'or et d'argent, et ceux qui viennent s'établir dans une foire, doivent, à leur arrivée, se présenter devant le Maire et lui exhiber les bordereaux des orfèvres qui leur ont vendu les ouvrages dont ils sont porteurs. Le Maire fait examiner les marques de ces ouvrages par des orfèvres à son choix, ou par des personnes qui connaissent les marques et poinçons. Il autorise l'exposition et la vente des ouvrages reconnus être en règle, et fait saisir les autres, dont il ordonne le dépôt au greffe du tribunal correctionnel.

Les marchands ambulans et forains sont en contravention à la loi, toutes les fois que les ouvrages d'or et d'argent qu'ils présentent, ne sont pas accompagnés des bordereaux délivrés par les orfèvres qui les leur ont vendus; ou qu'ils ne sont point marqués du poinçon de vieux ou de recense; ou qu'ils l'ont été avec de faux poinçons; ou enfin qu'ils n'ont pas été déclarés au bureau de garantie de l'arrondissement. Dans chacun de ces cas, le Maire doit ordonner la saisie.

Lorsque les employés d'un bureau de garantie ont des perquisitions à faire chez un particulier prévenu d'une fabrication illicite de poinçons, le Maire, (à son défaut, son adjoint ou le commissaire de police), doit les accompagner dans leur visite, veiller à ce que leur procès-verbal soit rédigé avec exactitude, et assister au dépôt des ouvrages saisis par eux. *V. Marque et Contrôle.*

§. VI. *Police des manufactures, fabriques et ateliers.*

V. Assemblée, §. 5; *Compagnons* et *Papeterie.*

§. VII. *Obligation imposée aux ouvriers d'être pourvus d'un livret.*

Tout ouvrier travaillant en qualité de compagnon ou garçon, doit être pourvu d'un livret en papier libre. Les Maires le paraphent sans frais.

Le premier livret s'expédie à chaque ouvrier, ou sur la présentation de son acquit d'apprentissage, ou sur la demande de la personne chez laquelle il a travaillé, ou enfin sur l'attestation de deux citoyens de sa profession patentés et domiciliés, portant qu'il est libre de tout engagement, soit pour raison d'apprentissage, soit pour raison d'obligation de travailler comme ouvrier.

Lorsque le livret d'un ouvrier est rempli et hors d'état de servir, le Maire de la commune où il se trouve, lui en cote et paraphe un nouveau, *sur la représentation de l'ancien.*

L'ouvrier qui aurait perdu son livret, pourrait être provisoirement autorisé à travailler, s'il était muni d'un passeport en règle; mais il ne pourrait obtenir la permission d'aller dans un autre lieu, sans avoir justifié qu'il est libre de tout engagement, et sans avoir mis l'autorité locale en état de lui expédier un nouveau livret.

Celui qui arriverait dans une commune, sans livret ni passeport en règle, devrait être considéré comme vagabond, arrêté comme tel, et traduit devant le magistrat de sûreté.

Tout ouvrier entrant chez un maître, doit lui faire inscrire sur son livret le jour de son entrée; lorsqu'il en sort, il doit également y faire inscrire le jour de sa sortie, et un congé portant acquit de ses engagemens, s'il les a remplis. Lorsque le maître ne sait pas écrire, ou, lorsqu'il est décédé, ces diverses inscriptions sont faites, sans frais, par le Maire ou son adjoint. Tous les congés délivrés à un ouvrier, doivent être inscrits sans lacune, à la suite les uns des autres.

L'ouvrier porteur d'un livret est tenu de le déposer entre les mains de celui qui l'emploie, si celui-ci l'exige; mais il a le droit de se le faire remettre lorsqu'il veut aller travailler ailleurs, à moins qu'il n'ait reçu des avances sur son salaire, ou qu'il n'ait contracté l'engagement de travailler un certain temps. Dans l'un ou l'autre de ces cas, il doit, avant tout, remplir ses engagemens ou acquitter sa dette par son travail. Les Maires ne doivent pas perdre de vue ces principes, lorsque quelque circonstance les met dans le cas de statuer sur des réclamations de cette nature.

Ils doivent également se souvenir qu'ils sont juges entre les ouvriers et ceux qui les emploient, entre les apprentis et leurs maîtres, toutes les fois qu'il s'agit d'affaires de simple police, telles que les rixes, les injures verbales, les voies de fait et violences légères; en pareil cas, la loi les autorise à prononcer, sans appel, les peines portées par l'art. 605 du Code des délits et des peines: mais si l'affaire est du ressort du tribunal correctionnel ou de la cour de justice criminelle, ils ne peuvent que faire arrêter les prévenus et les envoyer au magistrat de sûreté.

A l'égard des contestations qui auraient pour objet l'exécution des conditions stipulées dans un contrat d'apprentissage, le refus d'un congé d'acquit à l'ouvrier qui aurait rempli ses engagemens, l'admission dans un atelier d'un apprenti débauché à son maître, etc., elles sont étrangères à l'autorité administrative, et ne pourraient être portées que devant le tribunal de première instance dans

Source : BIU Cujas

l'arrondissement duquel l'ouvrier aurait pris du travail. (*Loi du 22 germinal an 11.*)

§. VIII. *Surveillance et vérification des poids et mesures.*

Dans tous les temps, l'autorité publique a mis au rang de ses devoirs de garantir la fidélité des poids et mesures employés dans le commerce. Elle a toujours cru que la bonne-foi n'était pas moins essentielle dans la livraison que dans le paiement des denrées et marchandises, et que les considérations d'intérêt public qui faisaient maintenir l'inaltération des monnaies, devait aussi faire attacher la plus haute importance au maintien de l'exactitude des poids et mesures.

Mais les devoirs des Maires en cette partie ne se bornent plus aujourd'hui à assurer la fidélité du débit des marchandises qui se vendent à la mesure et au poids; ils ont sur-tout à seconder, à accélérer l'établissement définitif du nouveau système établi par la loi du 18 germinal an 3, et dont les avantages ne peuvent plus être contestés que par l'ignorance et l'esprit de routine. *V. Poids et Mesures.*

Section VI. *Police rurale.*

§. I. *Gardes champêtres et forestiers.*

La conservation des fruits de la terre et des propriétés rurales est confiée à des gardes champêtres et à des gardes forestiers.

C'est au Maire qu'il appartient de nommer le garde champêtre de la commune, mais la nomination doit ensuite être agréée par le conseil municipal. Si celui-ci refuse de l'approuver, sa délibération est transmise, par l'intermédiaire du sous-préfet de l'arrondissement, au préfet, qui prononce sur les motifs du refus.

Pour destituer un garde champêtre, il faut le concours du Maire qui l'a nommé et du conseil municipal qui l'a agréé. En cas de dissentiment, le préfet prononce, sur l'avis du sous-préfet. La destitution peut aussi être prononcée directement par le préfet.

Les gardes champêtres communaux sont entièrement subordonnés aux Maires. *V.* au surplus, *Garde champêtre.*

Les communes propriétaires de bois doivent avoir, outre leurs gardes champêtres, des gardes forestiers spécialement chargés de la conservation de cette partie de leurs propriétés. La nomination de ces gardes appartient aux Maires, qui sont tenus de la faire dans la quinzaine de la vacance des places. Après ce délai, la loi du 15-29 septembre 1791 la défère au conservateur des forêts de l'arrondissement.

Le garde nommé par le Maire, doit être agréé par le conservateur. Si celui-ci refusait son agrément, le Maire pourrait se pourvoir devant le préfet, qui statuerait. (*Loi du 9 floréal an 11.*)

Les Maires ne peuvent destituer les gardes forestiers de leurs communes, que du consentement du conservateur. L'administration des forêts peut prononcer cette destitution sans le concours des Maires. (*Loi du 15-29 septembre 1791 et du 9 floréal an 11.*) *V.* au surplus, *Garde des Bois.*

§. II. *Echenillage.*

Il existait des règlemens sur cet objet avant la révolution; les dispositions en ont été renouvelées par la loi du 26 ventose an 4. Les Maires doivent apporter tous leurs soins à maintenir sévèrement ces dispositions. Elles sont rappelées au mot *Echenillage.*

§. III. *Obligation de tenir les pigeons renfermés à certaines époques.*

Pour prévenir les dommages que les pigeons peuvent causer aux époques des semences et des récoltes, l'assemblée constituante a décrété, le 4 août 1789, qu'ils seraient renfermés lorsque l'intérêt des communes l'exigerait, et que, s'ils étaient laissés libres dans les temps où ils ne devraient pas l'être, chaque particulier aurait le droit de les tuer *sur son terrain.*

Il appartient à chaque Maire de fixer, par une ordonnance de police, les époques de l'année où les pigeons de sa commune devront être tenus renfermés, sauf à lui à prendre sur cet objet l'avis du conseil municipal, après avoir obtenu l'autorisation de le convoquer extraordinairement.

§. IV. *Récoltes.*

Aucune autorité ne peut suspendre ou intervertir les travaux de la campagne dans les opérations des récoltes. (*Loi du 28 septembre-6 octobre 1791.*) Ce principe s'applique également aux opérations des semailles.

Les moissonneurs, domestiques et ouvriers de la campagne ne peuvent se liguer entre eux pour faire hausser le prix des gages et des salaires, à peine d'emprisonnement et d'une amende qui peut s'élever jusqu'à la valeur de douze journées de travail. Les propriétaires et fermiers d'un même canton deviendraient également passibles d'une peine correctionnelle, s'ils se coalisaient pour faire baisser ou fixer à vil prix les salaires des ouvriers et moissonneurs (*ibid.*). Dans l'un et l'autre de ces cas, le délit devrait être dénoncé par les Maires au magistrat de sûreté de l'arrondissement.

Si, par suite d'une coalition entre les moissonneurs et ouvriers, il se formait quelques attroupemens, soit contre d'autres moissonneurs pour leur faire cesser leur travail, soit contre des propriétaires ou fermiers pour leur arracher des salaires plus forts, l'autorité locale devrait, avant tout, les faire dissiper par la force publique, sauf à en dénoncer ensuite les auteurs, fauteurs et instigateurs, qui, dans ce cas, pourraient même être saisis sur-le-champ.

Source : BIU Cujas

Lorsqu'un cultivateur absent ou malade réclame l'intervention de sa municipalité pour faire serrer sa récolte, la loi veut que le Maire y pourvoie, aux moindres frais possibles : les ouvriers sont alors payés sur le produit de cette récolte.

§. V. *Glanage et enlèvement du chaume.*

Le glanage est une espèce de secours public. L'indigent y trouve les moyens de vivre une partie de l'année avec un grain perdu pour les propriétaires, et qui deviendrait nuisible aux bêtes à laine. Il est permis de croire que personne n'en désirerait la suppression, si la police avait toujours maintenu les pauvres et les infirmes dans le privilège exclusif de glaner.

Chaque Maire atteindra ce but dans sa commune, en donnant aux gardes champêtres l'ordre de n'y laisser glaner qui que ce soit sans une permission par écrit; en n'accordant jamais cette permission qu'à des pauvres reconnus incapables de prendre une part active aux travaux de la moisson ; et surtout en la refusant à tout individu âgé de plus de douze ans et de moins de soixante, qui ne justifierait pas que des infirmités ou des circonstances particulières l'ont mis dans l'impossibilité absolue de travailler.

Quelques mesures de police ajoutées à cette première précaution, empêcheront que le glanage ne devienne, pour ceux à qui il aura été permis, une occasion de vol et de désordre. Ainsi, par exemple, on aura l'attention d'écarter les individus étrangers au canton, quand bien même ils seraient munis d'une permission du Maire de leur commune. On interdira le glanage avant le lever du soleil, après son coucher, aux jours et aux heures où les travaux de la moisson seront suspendus ; on ne le permettra dans chaque section du territoire, qu'après l'enlèvement total des fruits de cette section. On astreindra la mère ou la sœur aînée d'enfans en bas âge, à les tenir toujours auprès d'elle, pour être à même de surveiller leur conduite, etc.

La plupart de ces dispositions sont prescrites par des lois que l'on trouvera indiquées aux mots *Glanage* et *Chaume*. Elles sont d'ailleurs toutes ordonnées par un arrêté du préfet, auteur de cet article, que le ministre de l'intérieur a revêtu de son approbation ; et le ministre indique constamment ces mesures aux préfets qui le consultent sur la matière.

§. VI. *Ban de vendanges.*

C'est un principe consacré par la loi du 28 septembre-6 octobre 1791, sur la police rurale, que chaque propriétaire est libre de faire sa récolte au moment et de la manière qui lui convient, pourvu qu'il ne cause aucun dommage aux propriétaires voisins. Cependant, ajoute cette loi, *dans les communes où le ban de vendanges est en usage, il peut être fait chaque année un règlement par le conseil municipal, pour les vignes non closes seulement.*

Aujourd'hui, la fixation de l'ouverture et de la clôture des vendanges est indispensable, parceque c'est elle qui règle l'époque pendant laquelle les employés des droits réunis sont autorisés à requérir l'ouverture des caves, celliers et magasins, à l'effet de dresser l'inventaire des vins recueillis. Les Maires ne pourraient donc plus, sans s'exposer à entraver les opérations de la régie, négliger la publication du ban des vendanges dans leurs communes respectives ; et il importe à l'intérêt public que chaque année, à l'époque de la maturité des raisins, ils aient soin de réunir extraordinairement le conseil de leur commune, pour fixer le jour d'ouverture de la vendange. Si le conseil, invité à se réunir, ne répondait pas de suite à cet appel, le Maire ne devrait pas hésiter à passer outre, et à fixer seul, par une ordonnance de police, le jour de la vendange dans les vignes non closes. Il ne serait pas juste que le service public souffrît de la négligence de quelques personnes.

La publication de la clôture de la vendange sera également faite à la diligence du Maire, aussitôt que les vignes seront dépouillées dans toutes les parties du territoire ; et c'est seulement à partir de cet instant que le grapillage et la chasse y deviendront permis.

En cas de réclamation contre le règlement de l'autorité locale, le préfet prononce, après avoir pris l'avis du sous-préfet.

§. VII. *Parcours et vaine pâture.*

Chaque cultivateur ne peut envoyer à la vaine pâture qu'une quantité de bétail proportionnée à l'etendue des terres qu'il exploite dans la commune. Lorsque cette proportion n'a pas été déterminée par des règlemens antérieurs ou par les usages locaux, le préfet la fixe sur la proposition du Maire, et d'après l'avis tant du conseil municipal que du sous-préfet. *V. Parcours* et *vaine Pâture.*

§. VIII. *Exercice du droit de chasse.*

Le préfet détermine tous les ans, par des arrêtés, l'époque de l'ouverture de la chasse sur les terres non closes, et celle de sa clôture. Les Maires doivent publier de suite ces arrêtés, et en surveiller exactement l'exécution.

Nul ne peut, en aucun temps, chasser dans les forêts de l'Empire et dans les domaines de la liste civile, sans une permission du grand veneur de la couronne.

Chaque Maire a le droit de faire arrêter sur-le-champ tout chasseur masqué, ou qui n'aurait point de domicile connu.

Il n'y a point de Maire qui ne sente l'importance de prévenir et de réprimer avec une fermeté soutenue, les contraventions aux règlemens sur la chasse. *V. Chasse* et *Armes.*

Source : BIU Cujas

§. IX. *Destruction des loups.*

La nécessité d'encourager la destruction des animaux les plus nuisibles à l'agriculture, a été reconnue par la loi du 28 septembre-6 octobre 1791; celle du 10 messidor an 5 a essayé de réaliser le vœu exprimé dans la première, en établissant des primes pour la destruction des loups. Le gouvernement a fixé ces primes, — Pour la destruction d'une louve pleine, à 18 fr.; — D'une louve non pleine, à 15 fr.; — D'un loup, à 12 fr.; — D'un louveteau, à 3 fr.

Pour les obtenir, il faut que celui qui y a droit, fasse d'abord constater la mort de l'animal, son âge, son sexe, et lorsqu'il s'agit d'une louve, si elle est pleine ou non pleine. C'est par le Maire de la commune que cette vérification doit être faite : le procès-verbal qu'il en dresse, est de suite transmis au sous-préfet de l'arrondissement, *avec la tête de l'animal;* et sur le rapport du sous-préfet, le préfet fait acquitter le montant de la prime due. — Il est essentiel que les Maires donnent connaissance de ces dispositions aux habitans de leur commune connus pour se livrer à ce genre de chasse.

Au surplus, *V. Chasse*, §. 10.

SECTION VII. *Police militaire.*

§. I. *Garde nationale sédentaire.*

L'existence politique de la garde nationale remonte à 1790; elle a été successivement consacrée par plusieurs lois, et elle l'est définitivement par la constitution de l'an 8.

Son organisation et le mode d'élection de ses officiers avaient été déterminés par la loi du 28 prairial an 3. Une autre loi du 1er messidor an 7 avait fixé l'époque annuelle du renouvellement des élections; mais d'après le sénatus-consulte du 2 vendémiaire an 14, les gardes nationales doivent être successivement, et à des époques que l'Empereur déterminera, réorganisées dans chacun des départemens, arrondissemens et cantons de l'Empire; et les officiers en seront désormais à la nomination de sa majesté.

Dans l'état actuel de la garde nationale, tous les citoyens valides, âgés de seize à soixante ans, sont appelés à en faire partie; mais la loi défend de comprendre dans l'organisation et de commander pour aucun service, les membres du corps législatif, les préfets et sous-préfets, les juges des tribunaux et de paix, leurs greffiers en chef, les Maires et adjoints, le receveur général et les receveurs d'arrondissement, les commissaires des guerres, les directeurs des postes aux lettres, les courriers de malle, les postillons de postes aux chevaux, les étrangers non naturalisés, les concierges et guichetiers des maisons d'arrêt, les exécuteurs des jugemens criminels.

Par suite de cette disposition, aucune des personnes ci-dessus nommées ne doit ni le service ni la taxe de remplacement; mais tout autre individu qui, commandé pour un service, ne se présenterait pas en personne, ou ne se ferait pas remplacer, serait dans le cas d'être soumis à une taxe de remplacement de la valeur d'une ou de deux journées de travail. (*Loi du 29 septembre-14 octobre 1791.*)

C'est aux Maires qu'appartient l'application de cet article de la loi, sauf le recours aux autorités supérieures; c'est aussi à eux à ordonner le recouvrement de la taxe, qui se fait au moyen d'un rôle rendu exécutoire par le préfet.

Le produit des taxes est employé à payer les remplaçans fournis par le commandant du bataillon. (*Arrêté du gouvernement du 13 floréal an 7.*)

La garde nationale ne peut jamais se rassembler sans réquisition; mais elle doit être requise par les Maires toutes les fois qu'à défaut de gendarmerie et de troupes de ligne, son intervention devient nécessaire pour maintenir ou rétablir le bon ordre, pour assurer l'exécution des lois, pour faire respecter les personnes et les propriétés. Elle doit par conséquent fournir aux postes de surveillance, soit lorsqu'il n'y a pas de troupes réglées pour faire ce service, soit lorsque cette troupe n'est pas assez nombreuse pour occuper tous les postes jugés nécessaires.

Elle doit également être requise pour la réception de l'Empereur, des princes français, des grands dignitaires, des ministres, etc., lorsque leurs voyages ont été annoncés officiellement. (*Décret du 24 messidor an 12.*) Les Maires reçoivent, dans ces divers cas, des instructions particulières qui dirigent leur conduite.

La garde nationale, légalement requise, ne doit qu'obéir. Ses chefs se mettraient dans le cas d'être poursuivis devant la cour de justice criminelle, s'ils se refusaient à l'exécution des réquisitoires qui leur sont adressés par l'autorité compétente. (*Arrêté du 13 floréal an 7.*) *V. Garde nationale.*

§. II. *Enrôlemens volontaires.*

Aucune fonction n'est attribuée aux Maires, en ce qui concerne les enrôlemens volontaires pour la marine.

Les enrôlemens volontaires pour l'armée de terre, sont reçus par les Maires, qui en dressent procès-verbal sur un registre ouvert à cet effet dans chaque commune. (*Loi du 19 fructidor an 6, art. 6.*)

Les Français seuls peuvent s'enrôler pour les corps qui se recrutent, au moyen de la conscription; les étrangers non naturalisés ne sont admissibles que dans les régimens de pionniers, dans ceux de la Tour d'Auvergne, d'Isembourg, de Prusse, de Westphalie, et dans la légion Hanovrienne. (*Décision du ministre de la guerre, du 20 janvier 1808.*)

Pour être habile à contracter un engagement volontaire, il faut être âgé de dix-huit ans, et n'en avoir pas plus de trente. Celui qui a déjà servi pendant quatre ans, peut s'enrôler de nouveau jusqu'à

Source : BIU Cujas

l'âge de quarante ans, s'il est porteur d'un congé absolu. (*Loi du 19 fructidor an 6, art. 6 et 9.*)

Les jeunes gens de seize ans, reconnus avoir la taille et la force nécessaires, peuvent aussi être admis à s'enrôler volontairement, mais seulement lorsqu'ils ont justifié du consentement de leurs parens ou tuteurs, en conformité de l'art. 374 du Code Napoléon. (*Décision du directeur général de la conscription, du 27 novembre 1806.*)

Dans tous les cas, l'individu qui se présente pour contracter un engagement volontaire, doit être porteur d'un certificat de bonne conduite signé du Maire de sa commune et du juge de paix de son canton. (*Loi du 19 fructidor an 6, art. 6.*)

Le Maire qui reçoit un enrôlement, doit toujours faire déclarer par l'enrôlé dans quel corps il veut servir; et ce corps doit être exactement indiqué dans son procès-verbal.

Pour être admis à s'enrôler dans la grosse cavalerie, dans l'artillerie à pied et à cheval, et dans les fusiliers de la garde impériale, il faut avoir la taille d'un mètre 733 millimètres (5 pieds 4 pouces), pieds nuds; celle d'un mètre 706 mètres (5 pieds 3 pouces), suffit pour entrer dans la cavalerie légère; et celle d'un mètre 624 millimètres (5 pieds), pour être admis dans les dragons. Les régimens d'infanterie reçoivent des hommes de toute taille, et ne peuvent refuser ceux qui sont reconnus avoir celle d'un mètre 597 millimètres (4 pieds 11 pouces). Les chasseurs et hussards admettent aussi ceux de cette dernière taille, mais ne peuvent recevoir ceux qui ont plus d'un mètre 651 millimètres (5 pieds un pouce).

A quelque arme que se destine celui qui veut contracter un enrôlement volontaire, il doit être bien constitué et exempt de toute infirmité. Le Maire, devant lequel il se présente, s'assure qu'il réunit toutes ces conditions, en le faisant visiter par un homme de l'art.

Les Maires doivent aussi faire passer de suite une expédition de leur procès-verbal au commissaire des guerres du département, et une autre au ministre d'état directeur général des revues et de la conscription militaire. La loi du 19 fructidor an 6 leur en impose l'obligation expresse. Ils devront en même temps délivrer à l'enrôlé une feuille de route provisoire pour se rendre au chef-lieu du département, d'où le commissaire des guerres le dirige sur le corps qu'il a choisi.

Tout enrôlé volontaire qui ne se rend pas à sa destination dans le délai indiqué par sa feuille de route, est poursuivi et puni comme déserteur. Il est jugé par un conseil de guerre spécial, et passible des peines portées par l'arrêté du gouvernement du 19 vendémiaire an 12. (*Décret du 16 février 1807.*) Les Maires ne doivent pas oublier de rappeler ces dispositions aux individus dont ils reçoivent les enrôlemens.

On croit devoir observer ici, 1° que tout individu de l'âge de la conscription a le droit de s'enrôler jusqu'au moment du tirage de la classe à laquelle il appartient;

2° Qu'un conscrit désigné pour l'armée active, ne peut plus être admis à s'enrôler volontairement, et que le Maire qui se prêterait à recevoir son engagement, pourrait être tenu au remboursement des frais qu'il aurait occasionnés au gouvernement, en donnant à un militaire une destination qu'il ne devait pas avoir;

3° Qu'un conscrit désigné pour la réserve, n'a point d'enrôlement à contracter pour entrer dans l'armée active, mais qu'il doit seulement déclarer devant le sous préfet de son arrondissement, l'intention où il est de partir, sans attendre que l'ordre de son numéro l'appelle au service militaire;

4° Que les enrôlemens pour le corps des vélites ne peuvent être reçus que par les sous-préfets, et qu'ils n'ont d'effet qu'après que la soumission a été acceptée par le ministre de la guerre.

§. III. *Conscription.*

Les opérations de la conscription sont plus particulièrement confiées aux sous-préfets, aux préfets et au conseil de recrutement. Cependant les Maires ne sont étrangers à aucune de ces opérations; il en est même plusieurs pour lesquelles leur concours est formellement exigé.

Le décret impérial du 8 fructidor an 13 les charge de la formation de la liste des individus de leur commune, que leur âge appelle chaque année à concourir à la formation du contingent du canton.

Il leur prescrit de recueillir sur un registre ouvert à cet effet, toutes les observations et réclamations qui pourraient être faites sur les listes générales que chaque sous-préfet est tenu de faire afficher dix jours avant l'époque de la désignation.

Il leur impose l'obligation de faire signifier, *par écrit*, à chaque conscrit présent dans la commune, l'ordre de se rendre au lieu du tirage, aux jour et heure désignés.

Il veut qu'ils s'y rendent eux-mêmes, ou qu'ils s'y fassent représenter par leur adjoint; qu'ils tirent les billets des conscrits qui se trouvent absens au moment où leur nom est appelé; qu'ils signent, conjointement avec le sous-préfet, l'officier de gendarmerie et celui de recrutement, le procès-verbal du tirage et celui de l'examen des conscrits.

Il les charge de notifier aux conscrits absens le numéro qui leur est échu par l'effet du tirage, et de leur donner cet avis à leur domicile de droit, dans les vingt-quatre heures, et *par écrit*.

Il leur donne la mission de vérifier et de certifier, s'il y a lieu, conjointement avec trois témoins pris parmi les pères de famille, les demandes des conscrits qui réclament la faveur d'être placés à la fin du dépôt.

Il les admet aux séances du conseil de recrutement, et prescrit même au préfet de les y inviter.

Source : BIU Cujas

Il exige qu'ils vérifient les états des contributions à fournir par les conscrits réformés, pour obtenir leur dispense définitive.

Enfin, il défend aux conscrits du dépôt de sortir, même momentanément, de l'arrondissement de leur sous-préfecture, sans en avoir prévenu leur Maire, et sans lui avoir fait connaître par quelle voie il pourra leur faire parvenir les ordres qui les concerneront.

Parmi ces dispositions, celle qui confie aux Maires la rédaction annuelle de la liste des conscrits de leur commune, doit particulièrement fixer leur attention. C'est par la réunion des listes des diverses communes, que les sous-préfets forment celles de chaque canton, et ces dernières sont elles-mêmes les élémens de la liste générale que le préfet doit envoyer au directeur général de la conscription, en exécution du tit. 4 de la loi du 19 fructidor an 6. Les Maires ne peuvent donc veiller avec trop d'attention, à ce que leurs tableaux partiels comprennent tous les individus domiciliés *de droit* dans leur commune, et n'en comprennent aucun qui appartienne à un autre canton ou à un autre département.

Le domicile de droit d'un conscrit est toujours celui de son père, lorsqu'il est vivant; celui de sa mère, lorsqu'il n'a plus de père; celui de son tuteur, lorsque son père et sa mère sont décédés. Ce principe s'applique même au conscrit *émancipé*, d'après une circulaire du directeur général de la conscription, en date du 1er juin 1807. Quant au conscrit *marié*, il doit être inscrit sur le tableau de la commune qu'il habite personnellement, s'il y a acquis domicile par une année de résidence.

Les individus absens de la commune, mais dont l'existence est avouée, ceux qui seraient momentanément en état de détention, ceux que la loi dispense de concourir, comme étant dans les ordres sacrés, ceux que des décisions du gouvernement auraient exemptés, comme faisant actuellement leurs études dans un séminaire quelconque, ceux même qui déclarent faire partie de l'inscription maritime, ou que leurs parens annoncent appartenir déjà à l'armée de terre, soit par suite d'enrôlement volontaire, soit à tout autre titre, n'en doivent pas moins être inscrits sur le tableau de la commune où ils ont leur domicile de droit, et participer au tirage avec les autres conscrits de leur classe. Il n'appartient qu'au conseil de recrutement de faire retirer leurs noms de la liste de fixation des rangs, et lui-même ne peut le faire qu'autant qu'on lui produit des pièces suffisantes pour motiver sa décision. Les Maires doivent néanmoins, en inscrivant ces individus sur leurs listes, faire mention de la position où ils se trouvent, et des droits qu'ils prétendent avoir à une exception.

Des conscrits omis sur les listes de l'année à laquelle ils appartenaient, se présentent quelquefois pour se faire inscrire sur celles de l'année suivante : ces sortes de demandes doivent être accueillies, lorsqu'il est reconnu que l'omission n'a pas eu lieu par la faute du conscrit, et qu'elle est le résultat ou d'une impossibilité absolue ou d'une erreur indépendante de sa volonté; mais alors le Maire doit joindre à son tableau une déclaration dans laquelle il développe les motifs qui l'ont déterminé à y porter le conscrit en retard de satisfaire à la loi. (*Instruction du ministre d'état directeur général de la conscription, du 11 février 1808.*)

En même temps qu'ils adressent au sous-préfet le tableau des conscrits de chaque année, les Maires doivent y joindre un état nominatif de ceux d'entre eux qui auraient un frère faisant actuellement partie de l'armée active, *en qualité de conscrit*. Ils doivent y indiquer bien exactement les nom et prénoms du frère, son année de conscription, le corps dans lequel il sert, et déclarer, au pied, que les individus qui y sont portés comme étant en activité de service, ont été désignés pour compléter le contingent de leur classe, et sont partis pour leur propre compte. A l'aide de ces renseignemens, le préfet provoque directement, auprès des conseils d'administration de chaque corps, la délivrance et l'envoi du certificat nécessaire pour faire placer à la fin du dépôt ceux qui sont reconnus pouvoir prétendre à cette faveur; et par-là, il épargne aux familles une correspondance très embarrassante pour elles, et par laquelle elles n'obtiennent pas toujours en temps utile les certificats dont elles ont besoin.

Quant aux autres conscrits à qui le décret du 8 fructidor an 13 donne aussi le droit de réclamer leur inscription à la fin du dépôt, ils doivent, au moment du tirage, justifier par un certificat du Maire de leur commune et de trois témoins, pères de familles, qu'ils sont véritablement dans le cas de l'exception qu'ils invoquent. Le modèle de ces certificats a dû être envoyé à tous les Maires par ordre des préfets.

Lorsqu'un conscrit a été réformé, le Maire de sa commune doit veiller à ce qu'il fournisse sans délai au sous-préfet de son arrondissement, l'état de ses contributions directes et de celles de son père et de sa mère. Il ne peut lui accorder de passeport jusqu'à ce qu'il ait satisfait à cette obligation.

Ces états de contributions sont délivrés par le percepteur de la commune, et doivent être littéralement conformes au modèle annexé à l'arrêté du gouvernement, du 18 thermidor an 10. Les Maires ne doivent les viser qu'autant qu'ils sont rédigés de la manière prescrite par cet arrêté, et y joindre toujours le signalement du conscrit qui les produit. L'exactitude la plus sévère doit présider à l'examen de ces états, mais la justice la plus scrupuleuse doit aussi en diriger les détails. Ainsi, quand des biens ne sont pas encore partagés entre des frères et sœurs, le Maire doit veiller à ce qu'on ne comprenne à la charge du conscrit réformé, que la portion de contributions correspondante à la part qui lui revient dans la succession du parent décédé.

Source : BIU Cujas

Un principe général suffit au surplus pour régler leur conduite dans les différens cas qui peuvent se présenter : c'est que l'indemnité due par un conscrit dispensé, se fixe d'après ses contributions seulement, s'il n'a ni père ni mère ; d'après les siennes et celles de son père et de sa mère, s'ils vivent l'un et l'autre ; d'après les siennes et celles du parent survivant, si l'un d'eux n'existe plus.

On ne parlera ici des remplacemens que pour faire observer que le conseil de recrutement ne peut admettre aucun suppléant, sans exiger de lui un certificat du Maire de la commune de son domicile actuel, constatant qu'il est de bonnes vie et mœurs. La délicatesse des Maires se refusera sans doute à la délivrance de ce certificat, toutes les fois qu'il leur sera demandé pour un homme connu pour un mauvais sujet, ou qui aurait été condamné pour vol par un tribunal correctionnel.

A plus forte raison ne l'accorderont-ils jamais à celui qui, ayant subi une instruction criminelle, aurait été condamné à une peine quelconque.

Les certificats de cette nature doivent toujours indiquer la classe de conscription à laquelle appartient l'individu à qui ils sont délivrés, le canton où il a satisfait à la loi, et le numéro qu'il a obtenu au tirage.

Le passage des détachemens de conscrits impose aux Maires des communes de logement militaire, une obligation particulière sur laquelle il importe de fixer leur attention : c'est celle de les passer en revue au moment où ils arrivent dans leurs communes respectives, et au moment où ils en repartent. L'objet du premier appel est de constater la force du détachement arrivé ; celui du second est de s'assurer qu'aucun conscrit n'a déserté pendant le séjour, et dans le cas contraire, de mettre l'autorité locale à portée de se procurer sur-le-champ les signalemens des déserteurs, et de les faire rechercher par la gendarmerie. — Il n'est point de Maire qui ne sente facilement tout l'intérêt que le gouvernement doit attacher à l'exécution de cette mesure. Au surplus, les commandans des détachemens doivent leur remettre un état sommaire, signé d'eux, qui constate le nombre effectif des conscrits présens à chaque appel ; et ils doivent, de leur côté, donner à ces commandans, sur les contrôles mêmes dont ils sont porteurs, un récépissé du signalement de chaque déserteur. — Cette dernière obligation est également imposée aux Maires des communes qui ne sont pas lieux de gîtes, lorsque le conducteur d'un détachement vient leur faire la déclaration qu'un conscrit est déserté dans la route, depuis la dernière commune que ce détachement a traversée.

L'intention du gouvernement est que, lors des appels dont il vient d'être parlé, les Maires entendent les réclamations des conscrits, et qu'ils remplissent à leur égard ces devoirs paternels qui prolongent pour eux, jusqu'au moment de leur incorporation, la douce influence de l'autorité civile. On ne peut craindre que des fonctionnaires, qui sont presque tous pères de famille, négligent jamais cette partie de leurs devoirs. Les attentions qui leur sont prescrites à l'égard des conscrits des autres départemens, sont pour eux la garantie de celles qu'une juste réciprocité assurera à leurs propres enfans dans toute l'étendue de l'Empire.

Toutes ces mesures sont le résultat des diverses instructions données successivement par le ministre d'état directeur général de la conscription.

§. IV. *Déserteurs et conscrits réfractaires.*

Tout fonctionnaire public qui favoriserait la désertion, ou qui empêcherait ou retarderait le départ d'un conscrit, s'exposerait à des peines pécuniaires dont il sera parlé dans le §. suivant.

Il n'est pas permis de supposer que ces dispositions pénales puissent devenir applicables à aucun Maire ; mais l'expérience a déjà plus d'une fois prouvé que les autorités locales, trop délicates sans doute pour favoriser les déserteurs, manquent quelquefois de l'énergie nécessaire pour les dénoncer et pour requérir leur arrestation. Cependant le gouvernement attend d'eux ce genre de courage, et la justice leur en fait un devoir rigoureux. Et pourquoi un conscrit réfractaire obtiendrait-il plus d'indulgence qu'un voleur ? Ne commet-il pas aussi un vol bien réel envers celui qui se trouve forcé de marcher à sa place, et envers la famille qu'il prive d'un appui souvent nécessaire ? Un déserteur est dans le même cas, puisqu'à la levée suivante, on demande un homme de plus au département d'où il était parti.

Par conséquent le Maire qui souffrirait dans sa commune un déserteur ou un réfractaire, serait sûr de sacrifier un jeune homme du canton à la lâcheté d'un individu révolté contre la loi ; il trahirait sciemment, en faveur d'un mauvais sujet, les intérêts d'un voisin honnête et soumis. — On ne peut trop le répéter aux autorités locales : c'est leur faiblesse qui fait les déserteurs ; il n'y en aura plus, dès qu'elles auront ôté à tout conscrit appelé par la loi, l'espoir de rentrer impunément dans ses foyers, à moins qu'il n'y revienne en vertu d'un congé.

La recherche des déserteurs et conscrits réfractaires, est particulièrement confiée à la gendarmerie ; c'est à elle que les Maires doivent signaler ceux qui pourraient s'être réfugiés dans leurs communes. Si cette recherche nécessite une visite dans la maison de quelques particuliers, l'art. 131 de la loi du 28 germinal an 6 les autorise à donner aux gendarmes le mandat spécial de perquisition nécessaire en pareil cas ; mais ce mandat peut être suppléé par leur assistance ou par celle de leur adjoint. (*Décret du 4 août* 1806.)

Les réfractaires et les déserteurs peuvent aussi être arrêtés par tout agent de police, et par les gardes champêtres et forestiers. Un décret du 10 brumaire an 14 leur accorde pour chacune de ces arrestations une gratification de 12 francs ; le préfet la leur fait payer sur le vu du récépissé donné par le

Source : BIU Cujas

sous-officier de la gendarmerie, entre les mains duquel a été remis l'individu qu'ils ont arrêté. Les Maires doivent, par conséquent, leur recommander de conduire toujours à la brigade la plus voisine les déserteurs et conscrits réfractaires qu'ils auront saisis, et de faire insérer dans le récépissé qui leur sera donné par le commandant de cette brigade, 1° leurs noms, prénoms et domicile; 2° la date de l'arrestation; 3° les noms, prénoms et lieux de naissance des individus arrêtés; 4° l'époque de leur désertion; 5° la désignation du corps auquel ils auront déclaré appartenir, ou celle du département dans lequel ils auront été déclarés réfractaires, et pour ces derniers seulement, la classe de la conscription à laquelle ils appartiennent. — Tous ces détails sont indispensables pour régulariser la comptabilité du préfet, qui doit ordonner le paiement de la gratification.

§. V. *Recouvrement des amendes prononcées contre les réfractaires, les déserteurs, leurs fauteurs et leurs complices.*

Tout conscrit déclaré réfractaire par le préfet, est condamné par le tribunal de première instance de son arrondissement, à une amende dont le *minimum* est de 500 francs, et qui peut être élevée jusqu'à 1500 francs. Cette condamnation frappe en même temps sur le père et la mère du conscrit, comme civilement responsables de ses faits.

Tout sous-officier et soldat déserteur est condamné, par un conseil de guerre spécial, à une amende de 1500 francs, qui n'est pas susceptible de réduction. L'amende, dans ce cas, n'atteint pas le père et la mère.

Une amende de 500 à 1500 francs est prononcée par les lois des 24 brumaire an 6 et 17 ventose an 8, contre tout fonctionnaire public convaincu d'avoir favorisé la désertion, empêché ou retardé le départ des conscrits, ou négligé de faire exécuter les lois relatives aux réfractaires.

Par la dernière de ces lois, la même amende est déclarée applicable à tout Français non fonctionnaire, convaincu d'avoir recelé un conscrit réfractaire, d'avoir favorisé son évasion, ou de l'avoir soustrait d'une manière quelconque aux poursuites dirigées contre lui.

Enfin, la loi du 28 nivose an 7 et le décret du 8 fructidor an 13 prononcent une amende de 300 à 1000 francs contre tout docteur en médecine ou en chirurgie, tout officier de santé, tout agent d'administration civile, tout officier ou sous-officier de l'armée, qui sera convaincu d'avoir attesté des infirmités fausses, ou d'avoir reçu des gratifications ou présens à raison de ses visites et fonctions.

Le recouvrement de ces diverses amendes se fait, dans chaque canton, par le receveur de l'enregistrement, sous la surveillance du sous-préfet.

Avant de commencer les poursuites, le receveur doit envoyer à chaque condamné, par l'intermédiaire du Maire de sa commune, et à huit jours d'intervalle, deux avertissemens sans frais, qui doivent être l'un et l'autre en double expédition. Le Maire qui les reçoit, y appose son *visa*, fait remettre une des expéditions au domicile du condamné, ou de son père et de sa mère, de son tuteur ou curateur, et fait afficher l'autre à la porte de la maison commune.

A l'expiration des quinze jours, le receveur doit faire poursuivre tous les condamnés solvables; s'il y a des doutes sur la solvabilité de quelques uns, il consulte, à leur égard, le Maire de leur commune.

Lorsque le Maire croit le débiteur insolvable, il en donne au receveur un certificat clairement *motivé*, dans lequel il doit particulièrement s'expliquer sur la nature et la qualité des biens tant du condamné que de son père et de sa mère, ainsi que sur les ressources industrielles de chacun d'eux.

Il arrive quelquefois que le condamné n'a ni domicile, ni biens dans la commune indiquée par son jugement comme étant celle de sa dernière résidence.

Le certificat du Maire doit alors, en constatant ce fait, présenter, autant que possible, tous les renseignemens propres à faire découvrir le véritable domicile du débiteur et de sa famille.

S'il était à la connaissance d'un Maire qu'un individu, poursuivi comme déserteur ou comme réfractaire, fût actuellement sous les drapeaux, il devrait le déclarer dans son certificat; mais en même temps, il aurait soin de prévenir les parens du condamné que sa radiation ne pourra être obtenue que sur le vu des pièces justificatives de cette assertion, et qu'il est intéressant pour eux de se les procurer dans le plus bref délai possible.

Il devrait suivre la même marche, si un conscrit, condamné comme déserteur, était mort en activité de service, ou dans un hôpital militaire, ou si un réfractaire poursuivi comme tel, était décédé avant ou depuis sa condamnation; un extrait de mort en bonne et due forme, serait alors la principale pièce à produire pour obtenir la remise de l'amende encourue.

Aucun des soins recommandés dans ce paragraphe, ne paraîtra minutieux aux Maires, s'ils font attention qu'ils ont pour objet, d'une part, d'assurer la punition des réfractaires, et d'autre part, de rendre la tranquillité aux conscrits qui se trouveraient victimes de quelque erreur, et aux familles qui seraient poursuivies pour des délits effacés par le repentir de leurs enfans.

On a rapporté au mot *Conscription militaire*, plusieurs arrêts notables rendus contre des parens ou fauteurs de conscrits réfractaires ou déserteurs.

§. VI. *Subsistances et Convois militaires.*

La régularité de ces services intéresse tout à la fois le gouvernement et le bon ordre; leur interruption, même momentanée, ne serait jamais sans

Source : BIU Cujas

danger, et pourrait avoir, dans certains cas, des conséquences très fâcheuses.

C'est aux commissaires des guerres qu'est confiée la direction immédiate des différentes branches de service qui font l'objet de ce paragraphe; mais chacune d'elles exige une surveillance habituelle de la part des Maires, et leur intervention directe y devient quelquefois indispensable : c'est à ce titre qu'on s'en occupe ici. On les réunit dans un même paragraphe, parceque les mêmes devoirs sont imposés aux autorités locales relativement à chaque nature de service; mais on croit convenable de le subdiviser en trois articles, afin que les détails qui concernent chaque partie, se présentent sans confusion aux Maires qui ont besoin de renseignemens sur un objet déterminé.

Art. I. *Vivres-Pain.*

Le munitionnaire général des vivres-pain est tenu d'avoir un préposé dans tous les lieux où il existe des troupes stationnaires; c'est par les soins de ces préposés, que le service doit y être assuré. Le Maire doit veiller seulement à ce que le pain soit composé et manipulé comme il doit l'être, et à ce qu'il ait le poids voulu par les règlemens.

Il peut cependant arriver que de petits détachemens se trouvent répartis dans des communes où il n'y aurait point de service établi; et alors il devient nécessaire que leur subsistance soit assurée par les soins des Maires. Cette mesure est spécialement applicable aux sous-officiers et soldats détachés en recrutement, lorsqu'ils se trouvent dans une commune où il n'existe point d'établissement de vivres pour le service sédentaire.

En pareil cas, les Maires sont chargés, 1°—d'assurer les distributions de pain par les moyens les plus convenables et les plus économiques; — 2° de faire régler par le préfet, le prix du pain fourni par leurs soins; — 3° de faire remettre, dans la première quinzaine de chaque mois, au garde-magasin dans l'arrondissement duquel se trouve leur commune, l'état en règle des fournitures faites pendant le mois précédent, afin que ce préposé puisse leur en rembourser le montant ou le faire payer au fournisseur. (*Décision du ministre-directeur de l'administration de la guerre, du* 22 *pluviose an* 11.)

Des modèles des états à remettre au garde-magasin, ont dû être adressés par les préfets ou sous-préfets à tous les Maires des chefs-lieux de canton.

Le munitionnaire général est également tenu d'avoir, dans tous les gîtes d'étapes où les troupes en marche doivent recevoir le pain, un préposé chargé d'y assurer le service sous la surveillance du Maire; mais il faut remarquer, 1° — que ce préposé ne fournit le pain aux troupes en marche, que sur un bon de fourniture délivré par le commissaire des guerres; et s'il n'y en a point dans l'arrondissement, par le sous-préfet; — 2° que le Maire ne peut viser ce bon qu'après s'être fait représenter la feuille de route en vertu de laquelle la troupe a été mise en marche, et en avoir transcrit le contenu sur un registre à ce destiné.

Le pain ne devant être délivré qu'aux militaires présens, il est essentiel qu'avant de viser le bon de fournitures, le Maire se fasse représenter l'état des mutations survenues dans la troupe depuis la dernière fourniture. Il doit lui-même en faire mention sur la feuille de route dans la case correspondante au gîte, et y indiquer la quotité des fournitures à laquelle il a réduit le mandat. (*Instruction du ministre-directeur, du* 10 *prairial an* 12.)

Lorsque les militaires chargés de la vérification du pain à distribuer à une troupe en marche, élèvent des réclamations sur la qualité de ce pain, le Maire nomme, contradictoirement avec le fournisseur, des experts qui apprécient la justice de ces plaintes; et si le pain n'est pas jugé recevable en tout ou en partie, il le fait remplacer par d'autre aux frais du fournisseur. (*Règlement du* 25 *fructidor an* 8.)

Si, par une circonstance quelconque, il arrivait que le service des vivres ne fût pas assuré au moment d'un passage de troupes, le Maire devrait y pourvoir en passant sur-le-champ un marché d'urgence avec un autre fournisseur, ou même, à défaut d'autre moyen, en employant la voie des réquisitions. Le préfet serait de suite instruit de cette mesure et des circonstances qui l'auraient rendue nécessaire, afin qu'il pût procurer aux fournisseurs ou aux boulangers requis, le paiement de ce qui leur serait dû, sauf au munitionnaire général à répéter contre son préposé l'excédant de dépense qui aurait été la suite de son inexactitude.

Art. II. *Fourrages.*

En vertu du décret impérial du 25 février 1806, les conseils d'administration sont aujourd'hui chargés de pourvoir à la fourniture des fourrages, tant en santé qu'en maladie, en station et en marche, de tous les chevaux d'officier, sous-officier et cavalier, soit présens au corps, soit en détachement. Les officiers sans troupes sont de même chargés du soin de nourrir leurs chevaux tant en station qu'en marche.

Par suite de ces dispositions, il n'existe plus d'entreprise pour la fourniture des fourrages; les troupes stationnées se les procurent par des marchés ou par des adjudications publiques; et les troupes en marche, par des traités faits de gré à gré dans chacun des gîtes d'étape où elles s'arrêtent.

A cet effet, un officier ou sous-officier du corps ou détachement doit toujours y arriver à l'avance pour prendre auprès du Maire, des renseignemens sur la valeur des denrées, et sur les personnes qui sont dans l'habitude ou en état de les fournir. Le Maire, de son côté, doit donner à l'officier ou sous-officier qui se présente à lui, tous les détails qui peuvent lui faciliter les moyens de se procurer, à un prix raisonnable, des fourrages de bonne qualité.

Source : BIU Cujas

Tout marché passé pour fourniture de fourrages, dans chaque gîte d'étape, doit être présenté au *visa* du Maire. Les instructions du ministre-directeur de la guerre exigent que l'effectif des chevaux à nourrir, y soit indiqué en marge, que le décompte de la fourniture soit établi au pied, et signé par le conseil d'administration du corps ou par le chef du détachement, et qu'enfin la quittance du vendeur y soit inscrite en toutes lettres.

On doit faire observer ici aux Maires que leur *visa* n'est pas, dans cette circonstance, une affaire de forme ni une simple légalisation. Si le marché conclu leur paraît désavantageux, ils doivent en faire mention expresse, en indiquant les prix auxquels ils estimeront qu'on aurait pu traiter.

Ce *visa* est d'ailleurs indépendant de l'approbation du commissaire des guerres, et il est indispensable, même lorsque ce fonctionnaire réside dans la commune. (*Instruction du ministre-directeur de la guerre, du 2 mai* 1808.)

Les dispositions ci-dessus ne sont point applicables aux militaires isolés ni à ceux qui sont envoyés en ordonnance ou escorte. Les chevaux des uns et des autres sont nourris par les soins des Maires, sur mandats délivrés par les commissaires des guerres, et, à leur défaut, *par les sous-préfets ou les Maires des gîtes d'étape seulement.* Les prix des fournitures faites dans ces occasions, sont réglés d'après un tarif que le préfet renouvelle chaque année.

Pour en procurer le paiement aux fournisseurs, les Maires transmettent, à la fin de chaque mois, au commissaire des guerres, les mandats de fournitures avec un bordereau signé d'eux. Celui-ci les leur fait repasser, après en avoir établi les décomptes; et les fournisseurs en touchent le montant chez le payeur, à présentation et remise des pièces.

Art. III. *Convois militaires.*

Un décret du 10 avril 1806 charge les corps de pourvoir, tant aux transports de leurs gros bagages qu'aux fournitures des convois militaires pour le transport, à leur suite, des militaires convalescens ou éclopés, et des effets d'un usage journalier.

Chaque corps ou détachement est autorisé à traiter de gré à gré pour la fourniture des chevaux et voitures qui lui sont nécessaires; mais lorsqu'il n'a pu y parvenir, les Maires des lieux de gîte sont tenus de les lui procurer *par voie de réquisition*, jusqu'à concurrence du nombre qui lui est alloué par sa feuille de route.

Dans ce dernier cas, le prix des fournitures requises est réglé conformément à un tarif que le préfet doit arrêter chaque année.

Le prix des voitures fournies, soit par convention de gré à gré, soit par réquisition, doit toujours être payé avant le départ de chaque gîte. Les parties prenantes en délivrent des quittances aux corps ou détachemens, et le Maire, *qui doit viser ces quittances*, atteste en même temps dans son *visa*, que les sommes payées n'excèdent pas le prix du tarif.

Le conducteur d'une voiture requise ne peut jamais être obligé, ni à recevoir sur sa voiture un poids plus considérable que celui qui lui est affecté, ni à franchir un gîte.

Une entreprise, qui doit avoir des préposés dans tous les lieux de logement militaire, est chargée de toutes les fournitures et de tous les convois militaires à faire aux détachemens de conscrits, à ceux des prisonniers de guerre étrangers, aux sous-officiers et soldats voyageant isolément ou faisant partie d'un détachement composé au moins de vingt-cinq hommes, aux militaires escortés par la gendarmerie, et enfin à ceux qui sont évacués d'un hôpital sur un autre. Ses préposés ne peuvent délivrer ni chevaux ni voitures que sur le mandat d'un commissaire des guerres, d'un sous-préfet ou d'un commandant d'armes, visé par le Maire de la commune où la fourniture doit être faite.

Tout conducteur de voitures et de chevaux fournis par un préposé aux convois militaires, doit être porteur des mandats de fournitures délivrées aux militaires qu'il transporte, et les conduire devant l'hôtel de la mairie du lieu de l'arrivée. Le Maire de cette commune, après s'être assuré que les transports ordonnés par les mandats, ont été exécutés, signe le certificat de *vu arriver*, y fait apposer le sceau de la mairie, et rend les mandats au conducteur.

Les Maires qui sont appelés à donner ces certificats, sentiront facilement combien il est important pour le gouvernement et pour leur propre responsabilité, qu'ils ne les délivrent jamais de confiance et sans une vérification préalable. Cette imprudente facilité deviendrait bientôt la source d'une foule de désordres, et les rendrait complices de tous les abus auxquels elle aurait donné lieu.

Lorsqu'un militaire isolé, à qui le transport a été accordé, ne peut employer tous ses mandats de fournitures, soit parcequ'il entre dans un hôpital, soit pour tout autre motif, le Maire de la commune où il s'arrête, doit lui retirer les mandats qui lui restent, et les renvoyer sans délai au commissaire des guerres dans l'arrondissement duquel ils ont été délivrés.

Il arrive quelquefois qu'un sous-officier ou soldat tombe malade en route dans une commune où il n'y a ni commissaire des guerres, ni sous-préfet, et où par conséquent il n'a aucun moyen d'obtenir des mandats de transport. Dans ce cas, le Maire de la commune doit le faire conduire au chef-lieu d'arrondissement le plus voisin sur la route, en l'adressant, soit au commissaire des guerres, soit au sous-préfet; et le voiturier, qu'il requiert à cet effet, est payé par le préposé aux convois militaires, sur le vu de la réquisition qui lui a été faite et d'un certificat qui constate la remise du militaire au

Source : BIU Cujas

fonctionnaire à qui il était adressé. S'il s'élevait à cet égard quelque contestation entre le voiturier requis et le préposé, le Maire en référerait au sous-préfet de l'arrondissement, qui, sur cet objet, est autorisé à prononcer en dernier ressort. (*Règlement du ministre-directeur, du 18 frimaire an 14.*)

Les préposés aux convois militaires ne peuvent se refuser à transporter, aux prix stipulés dans le traité de l'entreprise générale, les prévenus et accusés traduits devant les tribunaux, et les condamnés qui sont dirigés sur les lieux où ils doivent subir leur peine; mais ces fournitures ne doivent pas figurer dans les bordereaux qu'ils remettent à l'entrepreneur pour le compte de l'administration de la guerre, c'est au préfet qu'ils doivent en demander le paiement par l'intermédiaire de leur sous-préfet.

Les Maires doivent les prévenir.

1° Que les états, portant décompte de cette dépense, doivent être adressés en triple expédition, et appuyés tant des réquisitoires en vertu desquels les fournitures ont été faites, que des certificats constatant la remise des prévenus ou condamnés à leur destination respective;

2° Qu'un des trois doubles doit être sur papier timbré, toutes les fois que le montant de la somme réclamée s'élève à dix francs;

3° Que les états relatifs au transport des prévenus, doivent avoir été rendus exécutoires par le président du tribunal du lieu du départ ou de celui de l'arrivée.

Comme les frais de transport des prévenus et des condamnés ne sont pas acquittés par la même caisse, les Maires doivent soigneusement éviter de comprendre dans un même réquisitoire des individus de ces deux classes. Cette confusion mettrait le préfet dans l'impossibilité d'ordonnancer les mémoires produits. Au surplus, la dénomination de *prévenus* s'applique seulement à ceux qui sont traduits devant un tribunal pour y subir un jugement, soit criminel, soit correctionnel. Les individus arrêtés administrativement, les mendians et vagabonds conduits devant les préfets ou les Maires, ne peuvent être rangés dans cette classe; et lorsqu'il a été fourni des voitures pour eux, c'est dans les états relatifs aux condamnés, que les préposés doivent les comprendre.

A l'égard des conscrits réfractaires qui sont dirigés sur un dépôt en vertu d'un jugement de condamnation, et des déserteurs condamnés à l'une des peines déterminées par l'arrêté du gouvernement du 19 vendémiaire an 12, les frais de leur transport sont à la charge de l'administration de la guerre.

Si, pour quelque motif que ce fût, le service des convois militaires se trouvait interrompu dans un lieu de gîte, le Maire devrait y pourvoir aux risques et périls de l'entrepreneur, soit par des marchés d'urgence, soit par des réquisitions; mais il devrait avoir soin d'envoyer de suite au commissaire des guerres, l'état des fournitures faites par ses soins, et toutes les pièces à l'appui.

On saisit cette occasion pour rappeler aux Maires qu'un décret impérial du 13 juin 1806, déclare inadmissible toute réclamation relative au service de la guerre et de l'administration de la guerre, dont les pièces n'auront pas été présentées dans les six mois qui suivront le trimestre pendant lequel la dépense aura été faite. C'est une disposition qu'ils ne doivent jamais laisser ignorer aux différens fournisseurs de leur commune, et sur-tout à ceux qui ont fourni sur leurs réquisitions.

Une autre observation qui, comme la précédente, s'applique à toutes les branches de service dont il est question dans ce paragraphe, c'est que les Maires, qui ont à se plaindre de la mauvaise exécution d'un service quelconque, doivent toujours commencer par porter leurs plaintes au commissaire des guerres, et même, hors le cas d'urgence, attendre sa réponse avant que de l'adresser au préfet. En dénonçant un abus à deux autorités à la fois, on peut les exposer à prendre des mesures qui se croisent, et ce n'est pas là le moyen le plus court de remédier au mal. Le commissaire des guerres est d'ailleurs le surveillant né des entrepreneurs et de leurs préposés, et toutes les convenances veulent qu'il ait l'initiative des mesures à prendre pour les obliger à faire leur devoir.

Toutes les dispositions rappelées dans ce §, sont prescrites par les diverses instructions du ministre-directeur de l'administration de la guerre.

§. VII. *Logement des troupes en garnison, en détachement ou en cantonnement.*

Les corps en garnison, en détachement ou en cantonnement sont logés dans des bâtimens ou casernes militaires; à défaut de bâtimens de cette nature, ou s'ils ne suffisent pas, les officiers se procurent des logemens de gré à gré et à leurs frais; les sous-officiers, les soldats et les autres sont logés en totalité ou en partie, soit dans les maisons que loue le commissaire des guerres, soit chez les habitans qui en sont indemnisés à raison de *trois sous tournois* par nuit, lorsque le logement a été occupé par un sous-officier devant coucher seul; et d'un sou six deniers par nuit et par homme, lorsqu'il l'a été par des sous-officiers et soldats qui devaient coucher deux ensemble. (*Règlement du 23 mai 1792.*)

Si les habitans ne fournissent pas le logement, mais seulement des lits pour suppléer à l'insuffisance de ceux qui existent dans les casernes, ils n'ont droit qu'à une indemnité de *deux sous* par lit; s'ils fournissent des écuries pour les chevaux, il leur est dû *un sou* par cheval et par nuit. (*Ibid.*)

Ces diverses indemnités leur sont payées par l'intermédiaire des Maires, qui doivent en envoyer, tous les trois mois, l'état au commissaire des guerres. (*Ibid.*)

A l'égard des magasins, l'Etat les fournit, lorsqu'il en a à sa disposition; dans le cas contraire, ils sont dus gratuitement par les communes. (*Dé-*

Source : BIU Cujas

cret du 25 février 1806.) Elles doivent aussi fournir à leurs frais un champ de manœuvres dans les saisons où se font les exercices. (*Décision de l'Empereur, du 2 mars* 1808.)

Les dispositions ci-dessus ne s'appliquent ni aux sous-officiers et soldats détachés en recrutement dans les diverses communes de l'Empire, lesquels doivent aujourd'hui se procurer des logemens à leurs frais, ni à la gendarmerie impériale, dont le casernement fait partie des dépenses départementales depuis le 1er vendémiaire an 14. Mais si des gendarmes, détachés dans une commune pour un service particulier, étaient obligés d'y coucher une ou plusieurs nuits, le logement militaire leur serait dû. (*Loi du 28 germinal an* 6.)

Les sous-officiers et soldats en garnison, détachement ou cantonnement, ne peuvent, lorsqu'ils sont logés chez l'habitant, y exiger de place au feu et à la lumière. (*Règlement du 23 mai* 1792.)

Le bois et la lumière des corps-de-garde des troupes en garnison ou cantonnement, cessent d'être à la charge du gouvernement, lorsque ces corps-de-garde sont établis près des autorités civiles, ou pour le maintien de la police locale; la dépense de ces fournitures doit alors être supportée par la municipalité du lieu. (*Règlement du 1er fructidor an 8, sur le chauffage des troupes.*)

Les lois des 10 juillet 1791 et 23 mai 1792 rendent les corps responsables de tous les dégâts occasionnés par leur faute dans les bâtimens militaires. En conséquence, une reconnaissance de l'état des lieux doit toujours y être faite avant qu'une troupe les occupe, et elle doit être répétée immédiatement avant son départ. C'est le commissaire des guerres qui doit dresser procès-verbal de cette visite, en présence d'un officier du génie et d'un officier de la troupe; mais en cas d'absence, le commissaire des guerres est suppléé par le Maire de la commune. (*Ordre du 2 thermidor an* 8.)

§. VIII. *Logement des troupes en marche.*

Les troupes en marche sont logées gratuitement chez les habitans des communes qui sont déclarées lieux de gîte. Les écuries nécessaires pour leurs chevaux, sont également fournies par les citoyens, et sans indemnité.

C'est au Maire de la commune à délivrer les billets de logement, d'après la revue de route qui doit lui être présentée. (*Règlement du 25 fructidor an* 8.)

Tous les citoyens, sans distinction, sont soumis au logement des gens de guerre; mais les dépositaires des caisses publiques ne peuvent être tenus de le fournir dans la maison qui renferme leurs caisses, ni les veuves et les filles dans la maison qu'elles habitent. Les uns et les autres ne sont obligés qu'à y suppléer, en le faisant fournir en nature par d'autres habitans avec lesquels ils s'arrangent à l'amiable. (*ibid.*)

Les Maires doivent déterminer la répartition du logement, de manière que chacun y soit soumis à tour de rôle; mais ils doivent en même temps veiller à ce qu'aucun habitant ne puisse se soustraire à cette charge publique; et si un particulier se permettait de refuser le logement à des militaires envoyés chez lui par l'autorité municipale, celle-ci ne devrait pas hésiter à les placer à l'auberge aux frais du refusant, et à faire décerner contre lui, par le juge de paix du canton, un exécutoire de la dépense à laquelle son refus aurait donné lieu.

Lorsqu'un corps de troupes est trop considérable pour qu'il soit possible de le loger en totalité dans la commune désignée sur la feuille de route, le Maire en prévient le sous-préfet de l'arrondissement, qui l'autorise à en envoyer une partie dans les communes voisines, et qui fait connaître aux Maires de ces communes le nombre d'hommes au logement desquels chacun d'eux aura à pourvoir. Un officier du corps doit accompagner chaque détachement dans la commune qui lui est assignée, à l'effet d'y assurer le maintien de la discipline et de la police militaire.

Hors le cas dont il vient d'être parlé, le logement n'est dû à aucune troupe en marche, que dans les lieux désignés sur la feuille de route. Il en est de même des militaires marchant isolément.

Les citoyens ne doivent aux militaires logés chez eux, qu'un lit, tel que leurs facultés leur permettent de le fournir. Dans aucun cas, ils ne peuvent être tenus de céder la chambre ou le lit qu'ils occupent habituellement; mais ils ne peuvent refuser aux troupes de passage la place au feu et à la lumière. (*Règlement du 25 fructidor an* 8.)

Aucun soldat ne peut exiger que le Maire change le logement qui lui a été d'abord assigné. (*Ibid.*)

Tout corps en marche arrivant dans un lieu de logement, doit y avoir été précédé par un piquet destiné à y maintenir la police militaire. Dans les endroits où il existe une garnison, ce piquet se réunit aux corps-de-garde déjà établis, et alors il n'occasionne aucune fourniture extraordinaire. Dans les autres endroits, il forme un corps-de-garde particulier, dont la dépense est à la charge des communes. (*Décision du ministre-directeur de l'administration de la guerre, du 16 germinal an* 12.)

Les troupes de passage sont responsables des dégâts et dommages qu'elles auraient faits dans leurs logemens et dans les corps-de-garde : mais les réclamations doivent être faites avant le départ des corps, ou au plus tard une heure après. Un officier, qui reste exprès pendant une heure, reçoit les plaintes, s'il y en a, et y fait droit lorsqu'elles sont fondées. (*Règlement du 23 mai* 1792.)

Une heure après le départ de la troupe, le Maire délivre à l'officier commandant l'arrière-garde, un certificat de *bien vivre*. Il ne peut le refuser, s'il n'a reçu jusque-là aucune plainte des habitans, et

Source : BIU Cujas

si le corps a satisfait aux réclamations qui ont pu être faites. (*Ibid.* et *règlement du 25 fructidor an 8.*)

SECTION VIII. *Contributions directes.*

Les Maires sont chargés par le gouvernement de concourir, 1° à la répartition des contributions directes; 2° à la surveillance de leur recouvrement; 3° à celle des poursuites; 4° à la vérification des réclamations.

§. I. *Répartition des contributions directes.*

Les fonctions des Maires, en ce qui concerne la répartition des contributions directes, consistent, — A fournir annuellement au sous-préfet les renseignemens qu'il demande, pour lui servir à nommer les répartiteurs; — A convoquer et à présider le conseil de répartition; — A soumettre à la discussion, de ce conseil, les états de changement qui servent à la confection des rôles.

Les états de mutation relatifs à la contribution personnelle et mobilière, offrent aux Maires le moyen de faire rayer des rôles les individus notoirement indigens, qui, dans quelques communes, y figurent périodiquement chaque année, et dont la cotisation, réimposée l'année suivante, est une source d'embarras pour le percepteur, et de travail pour l'administration, sans aucun avantage pour la commune.

Les Maires ne doivent rien négliger pour connaître et pour désigner, dès le mois de novembre, tous les contribuables, alors susceptibles d'être compris au rôle des patentes pour l'exercice suivant, afin de diminuer le nombre des rôles supplétifs, dont la confection, pendant le cours de l'année, complique le travail des bureaux, et jette de la confusion dans le recouvrement. (*Instructions diverses du ministre des finances.*)

A la répartition des contributions directes, se rapporte essentiellement le cadastre.

Ce grand travail, dont l'exécution est commencée dans un assez grand nombre de communes, et qui finira par les embrasser toutes, va établir successivement, pour la contribution foncière, des bases de répartition dont l'exactitude fera jouir les départemens, les arrondissemens, les communes et les contribuables, du bienfait de cette égalité proportionnelle, que jusqu'ici l'on s'était vainement efforcé d'atteindre.

Les Maires ne sont pas étrangers à l'exécution du cadastre.

1° Ils nomment l'indicateur qui doit fournir au géomètre et à l'expert tous les renseignemens nécessaires pour parvenir tant à la levée du plan, qu'à l'évaluation du revenu imposable : cette nomination doit toujours être provoquée par le préfet.

2° Ils concourent à la reconnaissance des limites qui séparent leurs communes d'avec les communes voisines, et à la division du territoire en sections.

3° Les Maires assistent au bornage des bases et des points non permanens, déterminés par les observations des géomètres, pour servir au levé du plan; ils doivent tenir sévèrement la main à ce que les gardes champêtres veillent à la conservation de ces bornes, ainsi qu'à celle des jalons et des signaux placés par les géomètres dans le cours de leurs opérations.

4° Ils préviennent, d'abord un mois, puis au moins trois jours à l'avance, les propriétaires du moment où les travaux du parcellaire doivent commencer dans chaque section, afin qu'ils puissent assister, soit par eux-mêmes, soit par des représentans, à l'arpentage de leurs propriétés.

5° Lorsqu'une portion de section est arpentée parcellairement, ils appellent les mêmes propriétaires, à l'effet de reconnaître les propriétés portées au plan sous leurs noms.

Pour ce qui concerne les quatre articles ci-dessus, les Maires ont à attendre l'invitation du géomètre chargé de la levée du plan.

6° Les Maires font distribuer aux propriétaires les bulletins ou relevés du tableau indicatif des propriétés, transmis par le directeur des contributions, pour être examinés par eux.

7° Ils reçoivent et transmettent au directeur des contributions l'adhésion des propriétaires au résultat de l'arpentage et à celui du classement, ou leurs réclamations contre ce résultat.

8° Ils réclament eux-mêmes, s'il y a lieu, relativement aux biens communaux.

Il est de la plus grande importance que les Maires fassent remarquer aux contribuables qu'après l'expiration du délai accordé pour les réclamations, ils ne pourront plus, conformément à l'art. 37 de la loi du 15 septembre 1807, être admis à se pourvoir, et que la fixation de leur revenu imposable deviendra définitive et immuable.

La transmission au directeur des contributions, tant des réclamations formées par les propriétaires, que du certificat constatant l'observation des formalités prescrites pour la communication dont on vient de parler, ne doit épouver, de la part des Maires, aucun retard.

9° Enfin les Maires, concurremment avec le contrôleur, et sur son invitation, aident l'expert à remplir les différens tableaux préparatoires, dont la formation est prescrite par le ministre des finances, et à déterminer les prix moyens de chaque classe de propriétés qui doivent composer le tarif d'évaluation des revenus imposables.

Lorsqu'une commune est définitivement cadastrée, le Maire devient dépositaire de l'un des doubles de la matrice de rôle.

Tout ce qui précède, résulte des instructions données par le ministre des finances pour la confection du cadastre.

Source : BIU Cujas

§. II. *Recouvrement des contributions directes.*

La publication des rôles doit être faite par les Maires, le premier dimanche après leur réception. Cette publication consiste à lire, à l'issue de la messe paroissiale, l'arrêté du préfet qui donne à chacun de ces rôles la forme exécutoire, et à prévenir les contribuables que ces rôles vont être déposés sur-le-champ au bureau du percepteur à vie pour être mis en recouvrement.

L'art. 144 de la loi du 3 frimaire an 7 confie aux Maires la vérification des recouvremens. Ils peuvent, lorsqu'ils le jugent nécessaire, se faire représenter par le percepteur, au bureau de recette qui doit être établi dans la commune, les fonds existans dans la caisse, les rôles, journaux, sommiers, quittances et autres documens propres à établir la situation du comptable.

§. III. *Poursuites.*

La magistrature paternelle dont les Maires sont investis, leur fait un devoir de veiller à ce que les poursuites, qu'il est reconnu indispensable de diriger contre les retardataires, ne dégénèrent pas en vexations de la part de ceux qui sont chargés de les exercer.

Il importe extrêmement que les Maires indiquent avec la plus grande précision, *le jour et l'heure* de l'arrivée et du départ du porteur de contraintes, et qu'avant de constater par leur signature sur le bulletin le nombre de journées passées dans la commune par cet agent, ils ne négligent rien pour s'assurer si, pendant ce temps, il ne s'est pas absenté. Au surplus, les dispositions règlementaires, aujourd'hui en vigueur sur cette matière, se trouvent dans l'arrêté du gouvernement du 16 thermidor an 8.

§. IV. *Réclamations sur les contributions directes.*

Les réclamations sur lesquelles les Maires sont appelés à donner leur avis, se divisent en trois classes.

PREMIERE CLASSE. *Réclamations qui ne donnent lieu ni à réimposition ni à non-valeur.*

Ces réclamations n'opèrent qu'un changement de nom dans les cotes des contribuables.

Ce sont les demandes formées, 1° en mutation de cote, lorsqu'une propriété a été imposée sous un autre nom que celui à qui elle appartient; 2° en division de cote, lorsqu'une propriété appartenant à plusieurs, a été cotisée sous le nom d'un seul d'entre eux.

SECONDE CLASSE. *Réclamations qui donnent lieu à réimposition.*

Ce sont, — De la part des contribuables, les demandes en décharge pour double ou faux emploi, et celles en réduction pour forcement de contenance ou d'évaluation (le résultat définitif du cadastre fera entièrement disparaître toutes ces sortes de réclamations); — De la part des percepteurs, les demandes en décharge des cotes irrecouvrables pour causes *antérieures* à la confection des rôles.

L'examen des réclamations de la première ou de la deuxième classe a lieu en conseil de répartition.

TROISIEME CLASSE. *Réclamations qui donnent lieu à non-valeur.*

Dans cette classe sont rangées, — 1° Les demandes présentées de la part des contribuables, en décharge des contributions qui frappent sur une maison restée entièrement inhabitée pendant toute l'année précédente; et le fait de non habitation se constate par l'avis seul du Maire, qui prend préalablement à ce sujet les renseignemens nécessaires; — 2° Les demandes en remise ou modération pour perte de bâtimens, de revenu, ou de mobilier, causée par des évènemens de force majeure, tels qu'incendies, grêle, gelée, inondations, épidémies, etc. Lorsque ces accidens ont frappé, soit la totalité, soit une portion notable de la commune, il est du devoir du Maire de dresser d'abord l'état détaillé des contribuables qui ont éprouvé des pertes, et de former en leur nom une pétition collective. Il ne perdra pas de vue que d'après les règlemens existans, cette réclamation doit être remise à la sous-préfecture, dans les quinze jours qui ont suivi la perte, afin que les traces, toutes récentes encore, en facilitent la vérification. Les demandes sont vérifiées sur les lieux mêmes par le contrôleur, assisté d'experts, lorsque leur concours est jugé nécessaire; et le Maire doit les aider dans leur vérification. — 3° Cette classe comprend aussi la seconde partie des états de cotes irrecouvrables, présentés par les percepteurs, qui doivent contenir *les sommes devenues telles depuis la confection des rôles.*

Quant à la contribution *personnelle et mobilière*, il est formellement recommandé aux Maires de s'assurer et de faire connaître, pour chaque article de l'état de cotes irrecouvrables, si la perte de facultés, qui donne lieu à la demande en non valeur, est réellement postérieure à la confection du rôle.

Tout ce qui précède a été prescrit par différentes lettres du ministre des finances, sur le recouvrement des contributions et sur les réclamations auxquelles il peut donner lieu.

SECTION IX. *Contributions indirectes.*

Les obligations des Maires en ce qui concerne les contributions indirectes, se bornent à publier les avis qui émanent des autorités supérieures, à protéger la perception, et à veiller à ce qu'elle s'exerce sans vexations.

Source : BIU Cujas

Section X. *Domaines nationaux.*

§. I. *Administration et vente.*

Les Maires n'ont, en cette partie, que quelques éclaircissemens à fournir sur des demandes et réclamations particulières, lorsque le préfet a besoin de renseignemens. Ils doivent toutefois veiller à ce qu'il ne soit porté aucune atteinte à ces domaines ; et informer le préfet des entreprises qui tendraient à les détériorer, ou à s'en emparer, soit en totalité, soit en partie.

§. II. *Forêts de l'État.*

Quoique la régie et la conservation des forêts de l'État soient confiées à une administration particulière, il n'en est pas moins du devoir des Maires de porter leur surveillance sur cette partie intéressante du domaine public : ils doivent rendre compte au sous-préfet, des dilapidations et abus de tout genre qui pourraient parvenir à leur connaissance, et de la négligence que les agens préposés à la garde et conservation de ces précieuses propriétés, mettraient dans l'exercice de leurs fonctions. Ils doivent aussi accompagner les gardes des forêts dans les perquisitions qu'ils auraient à faire chez les particuliers, pour découvrir les auteurs des délits qui auraient été commis et leur prêter assistance pour assurer la découverte et la punition des coupables.

L'art. 1 de l'arrêté du directoire exécutif du 4 nivose an 5, ordonne aux gardes forestiers de requérir le Maire ou tout autre officier de police municipale de les accompagner dans ces perquisitions : elles ne peuvent toutefois avoir lieu, conformément au décret impérial du 4 août 1806, savoir, depuis le 1er octobre jusqu'au 31 mars, avant six heures du matin et après six heures du soir ; et depuis le 1er avril jusqu'au 30 septembre, avant quatre heures du matin et après neuf heures du soir. *V. Procès-verbal.*

Section XI. *Grandes routes.*

§. I. *Travaux.*

Les ingénieurs des ponts et chaussées ont exclusivement la direction et la surveillance de tous les travaux qui s'exécutent sur les grandes routes de toute classe, dont la confection et l'entretien sont à la charge du trésor public.

Tout ce qui est relatif à cet objet, est étranger aux fonctions des Maires : il est cependant de leur devoir de signaler au préfet les abus qu'ils croiraient reconnaître en cette partie ; ils doivent aussi lui indiquer les parties de routes dégradées, et les ponts établis sur les grandes routes qui exigeraient un prompt rétablissement pour la sûreté du passage.

§. II. *Contraventions.*

L'art. 2 de la loi du 29 floréal an 10 charge les Maires et adjoints de constater, concurremment avec les ingénieurs des ponts et chaussées, et les autres agens qui y sont désignés, les contraventions en matière de grande voirie.

Les entreprises qui constituent les contraventions, sont signalées par les anciens règlemens, notamment par l'ordonnance du bureau des finances de Paris du 17 juillet 1781. *V. Chemin.*

Aussitôt que les Maires ou adjoints aperçoivent qu'il se commet ou qu'il a été commis sur les grandes routes, des entreprises signalées par les règlemens, ils doivent en dresser procès-verbal, et l'envoyer sur-le-champ au sous-préfet de l'arrondissement, pour y être donné suite, conformément à la loi du 29 floréal an 10. Ils doivent aussi surveiller l'exécution des mesures prescrites contre les contrevenans, et en rendre compte au sous-préfet.

§. III. *Roues à larges jantes.*

Le chargement excessif des voitures et l'usage des roues à jantes et à bandes étroites produisaient depuis long-temps des effets destructeurs sur les chaussées des grandes routes.

Le gouvernement s'est occupé de la réforme de cet abus, et le décret impérial du 23 juin 1806 a réglé le poids des voitures en circulation sur les grandes routes, la largeur des jantes et des bandes, la longueur des essieux et la forme des clous des bandes.

Ce décret caractérise avec précision les différentes contraventions et les peines à y appliquer : les préfets ont dû rappeler aux Maires les obligations qu'ils ont à remplir pour son exécution, et l'on ne peut trop leur recommander d'observer que les exceptions qui ont été admises, sont rigoureusement limitées aux cas spécialement prévus, et que toute extension qu'on y donnerait, comme toute application d'un cas à un autre qu'on croirait semblable, serait un excès de pouvoir. (*Instruction du conseiller d'état, directeur général des ponts et chaussées.*)

Les Maires sont appelés à constater les contraventions à l'exécution du décret du 23 juin 1806, concurremment avec les autres fonctionnaires désignés dans l'art. 2 de la loi du 29 floréal an 10 : ils sont en outre chargés par l'art. 38 du décret cité, de statuer, sauf le recours au conseil de préfecture, sur les contestations qui s'élèveraient, notamment au sujet du poids des voitures, de l'amende et de sa quotité.

Section. XII. *Rivières et canaux.*

§. I. *Travaux et contraventions.*

Ce qui est dit au §. 1er de la sect. 11, est applicable aux travaux des rivières et canaux navigables, et

Source : BIU Cujas

de leurs chemins de halage, pour assurer le service de la navigation.

§. II. *Contraventions.*

Les Maires doivent pareillement suivre la marche indiquée par le §. 2 de la même section, pour la poursuite des contraventions à la grande voirie qui seraient commises sur les rivières et canaux navigables et sur leurs chemins de halage. *V. Halage* (*chemin de*) et *Rivière.*

La loi, en forme d'instruction, du 12 - 20 août 1790, charge les administrations d'indiquer les moyens de procurer le libre cours des eaux, et de les diriger, autant qu'il est possible, vers un but d'utilité générale. Celle du 28 septembre-6 octobre 1791, sur la police rurale, rend les propriétaires ou fermiers des moulins et usines, garans de tout dommage que les eaux pourraient causer aux chemins ou aux propriétés voisines par la trop grande élévation des déversoirs ou autrement; elle veut enfin que la hauteur à laquelle ils pourront tenir les eaux, soit fixée par l'administration.

D'après ces dispositions, il ne peut être établi de moulins et usines, sans permission, même sur les rivières et ruisseaux non navigables, et il ne peut être apporté aucun changement dans les hauteurs et diminutions des vannages et déversoirs des moulins établis légalement. Les Maires doivent informer le préfet des entreprises de cette nature, et de toutes celles qui tendraient à empêcher le libre cours des eaux. Ils doivent aussi tenir sévèrement la main à l'exécution ponctuelle des règlemens particuliers du préfet, qui peuvent leur être adressés sur l'usage des cours d'eau qui existent dans l'étendue de leur commune.

La répression des entreprises qui se commettent sur les cours d'eau non navigables, appartient à l'autorité judiciaire : en conséquence, lorsque par l'effet de ces entreprises, les chemins et les autres propriétés publiques ou communales ont été endommagés, les Maires doivent en dresser procès-verbal, l'envoyer au magistrat de sûreté, pour y être donné suite contre les délinquans, et en faire part aux sous-préfets. Quant aux dégâts causés sur les propriétés particulières par le fait des meuniers et autres particuliers, c'est aux propriétaires à poursuivre la réparation des dommages qu'ils auraient éprouvés.

§. III. *Bacs et bateaux.*

La loi du 6 frimaire an 7 a déterminé le régime à suivre et la police à exercer pour l'administration des bacs et bateaux établis à lieux fixes, pour le passage public sur les fleuves, rivières et canaux navigables.

Tous ces bacs et bateaux appartiennent au gouvernement, qui en adjuge la location à son profit. Les propriétaires et conducteurs de barques, batelets et bachots à l'usage de la pêche et de la marine, ne peuvent établir de passage à heure ni lieu fixes; et les particuliers ne peuvent avoir de bacs et bateaux, soit pour leur usage personnel, soit pour l'exploitation de leurs propriétés circonscrites par les eaux, sans en avoir obtenu la permission spéciale.

Les principales obligations imposées aux locataires des passages publics, par les lois et par le cahier des charges, sont, 1° D'entretenir en bon état les bacs et bateaux, agrès et cordes, pour la sûreté du passage; — 2° De faire placer le tarif des droits à percevoir, sur un poteau, et en lieu apparent, de l'un et de l'autre côté de la rivière; — 3° De n'exiger des passagers, sous quelque prétexte que ce soit, de plus fortes sommes que celles réglées par le tarif; — 4° De ne faire porter aux bacs et bateaux de plus fortes charges que celles déterminées par le cahier des charges des baux; — 5° D'avoir toujours, pour le service des bacs et bateaux, le nombre de mariniers fixé par le cahier des charges (ces mariniers doivent être âgés de 21 ans au moins, de bonnes vie et mœurs, et au fait de la navigation); — 6° De faire balayer exactement les ports et cales lors des crues, et de tenir propres en tout temps les abords et pontons, de garnir les bacs et bateaux de planches pour sièges, et de les tenir toujours vides d'eau; — 7° De tenir les bacs et bateaux amarés au moment de l'embarquement, afin d'éviter les accidens.

La sûreté publique exige que les Maires des communes où il existe des bacs et bateaux de passage à lieux et heures fixes, surveillent avec soin l'exécution des obligations imposées aux passeurs; ils doivent aussi veiller à ce que le service soit fait avec exactitude, et rendre compte au sous-préfet de l'arrondissement de toute infraction aux dispositions des lois et des baux; ils peuvent requérir la représentation de ces baux, afin de vérifier si toutes les dispositions en sont remplies par les fermiers. *V. Bac.*

§. IV. *Pêche.*

Quoique l'art. 17 de la loi du 14 floréal an 10 charge spécialement les agens et préposés de l'administration forestière, de la police, de la surveillance et de la conservation de la pêche dans les rivières navigables, néanmoins, comme rien de ce qui se passe dans un département, n'est étranger à l'autorité administrative, les Maires doivent veiller à l'exécution de la loi citée, et aussi à ce que les fermiers de la pêche et les particuliers pourvus de licence n'usent pas d'une manière contraire aux règlemens sur la pêche, des droits qui leur ont été concédés, soit par des baux, soit par des permissions appelées *licences*, et informer le sous-préfet de l'arrondissement des infractions qu'ils découvriraient. — Les Maires peuvent se faire représenter les baux et licences des pêcheurs, pour s'assurer des conditions particulières que ces actes peuvent renfermer. *V. Pêche*, §. I.

Source : BIU Cujas

§. V. *Etablissemens de moulins et usines.*

Tout ce que les Maires ont à faire relativement aux demandes à fin d'obtenir la permission d'établir de nouveaux moulins et de nouvelles usines dans l'étendue du territoire de leurs communes, c'est d'afficher ces demandes aux lieux ordinaires et les plus apparens, lorsque le préfet les en charge, et de veiller à ce que ces affiches subsistent pendant vingt jours. Ils doivent recevoir les réclamations qui seraient faites pendant ce temps contre la formation des établissemens projetés, et même pendant trois jours après l'expiration des vingt jours d'affiche. Ils doivent ensuite transmettre au préfet, toujours par l'intermédiaire des sous-préfets, les réclamations qui auraient été faites, et les accompagner d'un certificat qui constate que l'affiche a eu lieu pendant vingt jours. Ce certificat doit mentionner les réclamations formées, et attester qu'il n'en a point été formé d'autres. Dans le cas où il n'en serait survenu aucune, le certificat d'affiche doit l'attester. Les Maires doivent en outre donner leur avis particulier sur les demandes de cette nature, après avoir examiné si les établissemens projetés présentent ou non quelques inconvéniens, sous le rapport de l'intérêt, tant de leur commune que des propriétés riveraines.

Ce mode est indiqué par une instruction du ministre de l'intérieur du 19 thermidor an 6, pour les constructions de moulins et usines sur les rivières et canaux navigables ou flottables. L'administration l'applique aux établissemens de cette nature à former sur les rivières et autres cours d'eau non navigables, parceque, dans l'un comme dans l'autre cas, elle doit mettre les intéressés à même de former leurs réclamations. *V. Moulin*, §. 7, art. 4.

Section XIII. *Voirie municipale.*

On entend par *chemins vicinaux*, non seulement les chemins établis en pleine campagne pour les communications de paroisse à paroisse, mais encore toutes les rues de l'intérieur des communes qui ne sont pas sur la traverse des grandes routes.

§. I. *Fixation de la largeur des chemins vicinaux.*

Voyez sur la largeur des chemins vicinaux l'art. 6 de la loi du 9 ventose, an 13, rapporté au mot *Chemin public*, n° 4. — Les Maires doivent veiller à la conservation de la largeur des chemins vicinaux.

§. II. *Réparations des chemins vicinaux.*

La réparation des chemins vicinaux est, suivant la loi du 28 septembre 1791, tit. 1, sect. 6, art. 2, à la charge des communes.

Cette réparation doit être faite aux frais des habitans, par le moyen de la prestation en nature, conformément à l'arrêté du gouvernement, du 4 thermidor an 10, lorsque les communes n'ont point de deniers disponibles, pour y pourvoir sans recourir à ce mode.

C'est aux Maires à provoquer ces réparations près de l'autorité supérieure.

§. III. *Contraventions.*

Les contraventions qui se commettent sur les chemins vicinaux, sont de deux espèces : les unes sont réprimées par le conseil de préfecture, les autres par l'autorité judiciaire.

La répression des entreprises qui tendent à changer la largeur ou la direction de ces chemins, comme les envahissemens, les empiètemens, les plantations d'arbres, appartient au conseil de préfecture, en vertu de la loi du 9 ventose an 13. — Ces entreprises doivent être constatées par des procès-verbaux que dressent les gardes champêtres ou les officiers de police. Le Maire notifie le procès-verbal au particulier délinquant, avec injonction de remettre le chemin dans son état primitif; et s'il n'a point satisfait à cette injonction dans la huitaine, le Maire fait passer le procès-verbal et copie de l'acte de notification au sous-préfet de l'arrondissement, qui transmet le tout au préfet, avec son avis.

Les dépôts de bois, de fumiers, de matériaux, d'immondices ou d'autres encombremens, les fouillemens de terres, enlèvemens de bornes, comblemens de fossés ou autres dégradations nuisibles au libre usage de la voie publique, sont des délits de police dont la connaissance appartient à l'autorité judiciaire. Ces délits doivent être également constatés par les gardes champêtres ou officiers de police, et réprimés par la justice de paix; le Maire envoie en conséquence le procès-verbal au juge de paix du canton. — *V. Chemin public*, n. 5 et 6.

§. IV. *Suppression des chemins inutiles.*

Un arrêté du gouvernement, du 23 messidor an 5, prescrit de rendre à l'agriculture les terrains des chemins qui seraient reconnus inutiles aux communications. Il est du devoir des Maires de les faire connaître au préfet, qui prononce après avoir entendu le conseil municipal et pris l'avis du sous-préfet. (*V. Chemin public*, n. 3.)

Le terrain de ces chemins est abandonné aux propriétaires riverains, à la charge d'en payer la valeur à la commune, à dire d'experts, si les riverains consentent à en faire l'acquisition; sinon, l'emplacement de ces chemins se vend dans la forme prescrite pour l'aliénation des biens communaux, et de la manière indiquée au §. Ier de la sect. 14 ci-après.

§. V. *Redressemens ou changemens de direction des chemins vicinaux.*

Les Maires doivent également faire connaître au préfet les redressemens ou changemens de direction de chemins, qui peuvent être avantageux à leurs communes.

Source : BIU Cujas

§. VI. *Alignemens.*

On a parlé sous le mot *Alignement*, de ce qui concerne la grande voirie. Il n'est question ici que de la voirie municipale ou petite voirie : elle est confiée aux Maires ; et c'est en conséquence par ceux-ci que les alignemens doivent en être donnés.

Les particuliers qui se croient lésés par les alignemens que le Maire a déterminés, peuvent recourir au préfet qui les annulle ou les confirme.

Les propriétaires, même les maçons et ouvriers qui se permettent d'entreprendre ces constructions avant que les Maires aient donné les autorisations et alignemens nécessaires, se constituent en contravention : il en est de même de ceux qui, après avoir obtenu ces permissions et alignemens, ne s'y seraient pas exactement conformés. Ces cas arrivant, les Maires doivent en donner avis au sous-préfet de l'arrondissement.

L'art. 52 de la loi du 16 septembre 1807 a posé des règles particulières à l'égard des alignemens à donner dans les villes pour l'ouverture des nouvelles rues, pour l'élargissement des anciennes qui ne font point partie des grandes routes, ou pour tout autre objet d'utilité publique.

Ces alignemens sont également donnés par les Maires ; mais il faut qu'ils soient conformes aux plans qui doivent être arrêtés préalablement en conseil d'état sur l'avis du préfet.

Ainsi, dans les villes où il y aurait des rues nouvelles à ouvrir, ou d'anciennes à élargir, les Maires doivent faire dresser des plans des alignemens à déterminer, et envoyer ces plans au préfet avec leurs propositions motivées.

§. VII. *Curage des ruisseaux, fossés et vidanges.*

Lorsque les Maires reconnaissent la nécessité de curer des ruisseaux, fossés ou vidanges, ils doivent en informer le préfet par l'intermédiaire des sous-préfets : alors le préfet les autorise à prendre le vœu du conseil municipal, et leur indique en même temps ce qu'ils ont à faire pour parvenir aux curages reconnus nécessaires. Le conseil municipal doit faire connaître, dans sa délibération, quels sont les anciens usages locaux, s'il en existe, pour effectuer ces curages. *V. Curage.*

Section XIV. *Administration des biens et revenus communaux.*

§. I. *Acquisitions et aliénations.*

Des formalités sont prescrites pour les acquisitions, échanges, aliénations, concessions et baux à rentes ou emphytéotiques, en ce qui concerne les communes. *V. Communauté d'habitans*, n. 3.

Il faut une loi spéciale pour autoriser chacune de ces transactions, à l'exception des baux emphytéotiques ; ces baux sont autorisés par des décrets impériaux. *V. Bail*, §. 18, n. 5.

Quand le produit d'une aliénation d'immeubles communaux n'est pas absorbé par la dépense à laquelle il a été affecté, l'excédant est versé à la caisse d'amortissement, qui tient compte aux communes de l'intérêt de ces sommes, à raison de trois pour cent par an. Ces intérêts restent à la caisse, en augmentation du capital, jusqu'à nouvel emploi.

Lorsqu'un particulier a disposé au profit d'une commune, soit par donation entre-vifs, soit par testament, le conseil municipal doit délibérer sur la question de savoir s'il est de l'intérêt de la commune d'accepter la donation ou le legs, et de souscrire aux conditions qui peuvent avoir été imposées par le donateur ou testateur. La délibération est envoyée au sous-préfet avec un extrait en bonne forme du testament, ou une expédition de l'acte de donation.

Si la chose donnée ou léguée est un immeuble, un décret impérial est nécessaire pour en autoriser l'acceptation. (Art. 910 *du Code Napoléon.*)

L'autorisation du sous-préfet suffit si le don ou le legs est fait, soit en argent, soit en meubles, soit en denrées, et que sa valeur n'excède pas 300 francs en capital. Au-dessus de cette valeur, il faut un décret impérial. (*Décret du 12 août 1807.*)

Dans tous les cas, c'est le Maire qui accepte au nom de la commune. Il lui importe, au surplus, de savoir qu'une donation entre-vifs n'est valable qu'autant que l'acte en est passé par-devant notaire ; qu'elle n'engage le donateur et ne produit d'effet que du jour où elle est acceptée ; et que cette acceptation ne peut avoir lieu que du vivant du donateur. (Art. 931 et 932 *du Code Napoléon.*)

§. II. *Partage des biens communaux.*

La loi du 10 juin 1793 permettait le partage des biens communaux. On n'a point usé par-tout de cette faculté ; et les partages, là où ils ont eu lieu, ont été plus ou moins régulièrement faits, constatés, ou exécutés. La loi du 9 ventose an 12 a prononcé sur les effets de ces partages. Il suffit ici de dire que toutes les fois qu'aux termes de cette dernière loi, la commune a le droit de rentrer dans la jouissance des biens communaux, le Maire doit s'adresser au préfet pour la faire jouir de cet avantage. Au surplus, *V. Marais*, §. 3, 4, 5 et 6.

§. III. *Locations.*

La location des biens communaux a lieu de la manière suivante.

Le Maire rédige le cahier des charges à imposer soit au locataire par bail, soit à l'adjudicataire annuel. Le préfet autorise la communication de ce cahier au conseil municipal, et sur le vu de

Source : BIU Cujas

la délibération du conseil, le sous-préfet approuve, s'il y a lieu, le cahier des charges. En vertu de cette approbation, le Maire procède, soit à la passation du bail, soit à l'adjudication annuelle. La minute de l'acte est ensuite soumise à l'homologation du préfet.

Ces formalités ont été indiquées en l'an 10, par M. le conseiller d'état, ayant le département des recettes et dépenses des communes. *V. Bail*, §. 18.

Les communes peuvent aussi avoir besoin elles-mêmes de prendre à loyer des biens quelconques; une maison, par exemple, pour servir soit à la tenue des séances de la municipalité, soit au logement du curé, du desservant ou de l'instituteur.

Dans ce cas, les conditions du bail, rédigées de concert par le Maire et par le propriétaire, sont soumises au préfet, qui en autorise la communication au conseil municipal. Sur le vu de la délibération du conseil et de l'avis du sous-préfet, le préfet autorise le Maire à dresser l'acte du bail et à y engager la commune. La minute de cet acte est ensuite soumise à l'homologation du préfet.

Soit que la commune donne, soit qu'elle prenne un objet à loyer, la minute de l'acte doit être enregistrée dans le délai de vingt jours, à compter de celui où le Maire reçoit l'approbation de cet acte par le préfet; mais ce délai courrait de la date même du bail, s'il ne contenait pas expressément la clause suivante: *le présent bail n'aura d'exécution qu'autant qu'il sera approuvé par le préfet*: il en serait de même, malgré l'insertion de cette clause, si le Maire n'avait en outre le soin d'inscrire l'acte sur son répertoire avec cette note en marge: *soumis à l'approbation du préfet.* Sans cette double précaution, si le bail n'était point enregistré vingt jours après celui où il a été passé, le double droit serait dû; et néanmoins il y aurait de l'inconvénient à faire enregistrer un acte avant qu'il fût approuvé, parceque si le préfet refusait son approbation, les frais d'enregistrement seraient en pure perte.

§. IV. *Bois communaux.*

L'administration des bois communaux n'est pas comprise dans les règles ordinaires établies pour les biens des communes. Les bois qui leur appartiennent, sont soumis, par l'arrêté du gouvernement du 19 ventose an 10, au même régime que les bois nationaux; la surveillance et la garde en sont confiées aux mêmes agens.

Les Maires n'ont à s'occuper des coupes ordinaires, qu'autant qu'elles se partagent en nature entre les habitans à titre d'affouage, et c'est à eux que la délivrance doit en être faite par les officiers de l'administration forestière. Ils surveillent ensuite le partage qui doit se faire par feux. *V. Partage*, §. 10.

Quant aux coupes extraordinaires ou réserves, le devoir du Maire est d'appeler l'attention de l'autorité supérieure sur la nécessité de ces coupes dès l'instant que les bois, parvenus à leur dernière maturité, ne profitent plus.

Les Maires doivent observer que leur commune ne peut compter, pour les dépenses qu'elle projette, que sur une portion du produit des coupes extraordinaires qui, aux termes de l'arrêté du 19 ventose an 10, doit être versé à la caisse d'amortissement. Le décret du 21 mars 1806 avait établi sur ces produits un prélèvement de vingt-cinq pour cent, pour former un fonds commun de travaux publics. Celui du 11 mars 1808 a ordonné une seconde et semblable retenue sur les sommes déjà frappées de la première. En conséquence, les capitaux de ce genre, appartenant à des communes, et qui se trouvaient déposés à la caisse d'amortissement lors de la publication du décret du 11 mars 1808, ne doivent être rangés, que jusqu'à concurrence de moitié, au nombre de leurs ressources; mais ceux qui ont été versés depuis cette époque, ou qui le seront à l'avenir, y resteront à la disposition des communes jusqu'à concurrence des trois quarts. Les communes profiteront, en outre, de l'accroissement résultant de l'intérêt que la caisse d'amortissement leur alloue, à raison de trois pour cent par an, depuis la publication du décret du 19 ventose an 10.

La location de la chasse dans les bois et sur les terrains communaux doit être faite par le Maire, puis être approuvée par le préfet et par le ministre de l'intérieur. *V. Communaux*, §. 5.

§. V. *Rentes.*

L'art. 2277 du Code Napoléon veut que les arrérages des rentes perpétuelles, soit foncières, soit constituées, se prescrivent par cinq ans; et l'art. 2278, qui étend cette prescription aux rentes appartenantes à des mineurs, s'applique aux communes; ainsi, le recours autorisé par le même article contre les tuteurs, pourrait être exercé contre un Maire qui aurait négligé les mesures nécessaires pour mettre à couvert les intérêts de sa commune.

Lorsque le remboursement d'une rente communale est offert par le particulier débiteur, le Maire doit demander l'autorisation de convoquer extraordinairement le conseil municipal, pour délibérer sur cette offre et sur l'emploi à faire de la somme qui proviendra du remboursement. — Sur le vu tant de l'offre ou de la signification que de la délibération du conseil et du titre de la rente, et d'après l'avis du sous-préfet, le préfet autorise, s'il y a lieu, la commune à recevoir le remboursement proposé. Tel est l'esprit de la loi du 18-29 décembre 1790.

§. VI. *Octrois.*

L'octroi municipal et de bienfaisance, ainsi que la loi l'appelle, est destiné à suppléer à l'insuffi-

Source : BIU Cujas

sance des revenus ordinaires des communes, soit pour faire face à leurs propres dépenses ordinaires, soit pour subvenir aux besoins des hospices et des établissemens de secours à domicile qu'elles peuvent renfermer et dont elles doivent compléter le fonds d'entretien.

Une facilité plus grande encore est offerte aux communes pour le recouvrement de cette taxe, depuis la création des droits réunis. Le gouvernement a permis que les employés de la régie fussent chargés de la recette des droits de consommation au profit des communes. L'habitude que ces employés ont actuellement acquise de la rentrée des impôts indirects, et la connaissance qu'ils ont d'ailleurs des quantités de vin introduites, porteront sans doute les communes à leur donner la préférence pour ce recouvrement.

Les projets de tarif et de règlement doivent être votés par le conseil municipal sur la proposition du Maire. Ils doivent ensuite être revêtus de l'avis du sous-préfet; et le préfet, après avoir pris un arrêté, le soumet à l'approbation du ministre des finances.

Dans la rédaction de ces projets, on ne doit jamais s'écarter des dispositions de la loi du 11 frimaire an 7, qui défend de taxer les grains, farines, fruits, beurre, lait, fromages, légumes et les autres denrées servant habituellement à la nourriture des hommes. On doit observer aussi que les droits doivent porter *exclusivement* sur les objets destinés à la *consommation intérieure de la commune*.

L'adjudicataire d'un octroi doit toujours prêter un cautionnement. Le Maire doit le soumettre à l'approbation du préfet, et s'il l'obtient, prendre tout de suite inscription sur les biens hypothéqués.

Les Maires doivent se faire remettre, par le directeur ou fermier de l'octroi, des bordereaux d'après lesquels ils dressent ceux qu'ils doivent fournir eux-mêmes aux sous-préfets. Les bordereaux des octrois de première classe se font par mois et par année; ceux de 2e et 3e classes ne se font que par trimestre et par année. Les uns et les autres sont destinés à faire connaître le produit brut et le produit net de l'octroi, et il est indispensable que la transmission en soit toujours faite à la sous-préfecture avant le 5 du mois dans lequel elle doit avoir lieu.

Le 10e du produit net des octrois de 1ere classe est versé à la caisse des droits-réunis pour le pain de soupe des troupes, en exécution de l'art. 75 de la loi du 24 avril 1806.

S'il s'élève des réclamations de la part des particuliers contre l'application que le directeur ou fermier de l'octroi aurait faite, soit du tarif, soit du règlement, le Maire statue en premier ressort, sauf le recours de la partie intéressée, d'abord devant le préfet contre l'arrêté du Maire, puis auprès du ministre des finances contre celui du préfet. (*Décision rendue le 25 brumaire an 12, par M. le conseiller d'état, ayant le département des octrois.*)

Au surplus, *V. Octroi.*

§. VII. *Location des places aux halles et sur les foires, marchés, chantiers, rivières, ports et promenades publiques.*

Aucune des communes, qui peuvent se procurer ce moyen d'accroître leurs ressources, ne doit négliger d'en profiter.

Les projets de tarif et de règlement, votés par le conseil municipal, revêtus de l'avis du sous-préfet et arrêtés par le préfet, deviennent définitivement exécutoires par l'approbation du ministre de l'intérieur.

Pour obtenir cette approbation, il est essentiel que le tarif établisse la taxe à raison *de la superficie du terrain*, et non à raison *de la nature et de la quantité de la marchandise.*

Ainsi, il ne faudrait pas dire: « vaches par tête, tant. Foin par botte ou par cent de bottes, tant ».

Mais il faut dire: « Vaches, par mètre carré, tant. Foin, par mètre carré, tant ».

Le mode de location est au surplus le même que celui des revenus provenans des immeubles communaux.

§. VIII. *Droits de pesage, mesurage et jaugeage.*

Les règles à suivre pour affermer ces droits, sont les mêmes que celles qui ont été tracées ci-dessus, §. 6, pour les octrois, en ce qui concerne l'approbation du cahier des charges, et le cautionnement à fournir par l'adjudicataire. Le bail devient définitivement exécutoire par l'homologation du préfet.

Les bordereaux doivent être exactement transmis au préfet par l'intermédiaire du sous-préfet, à l'expiration de chaque mois, pour les droits qui sont perçus en régie simple; et à la fin de chaque année seulement, pour ceux qui sont en ferme.

Le dixième du produit net est réservé, par l'art. 3 de la loi du 29 floréal an 10, pour servir à acquitter les frais de vérification des poids et mesures. Il est du devoir des Maires de veiller à ce que ce prélèvement soit versé chaque mois par douzième à la caisse du receveur d'arrondissement. — *V. Poids public.*

§. IX. *Attribution des communes dans le produit des patentes et dans celui des amendes de police.*

I. Jusqu'à l'an 13 inclusivement, les communes ont joui, en vertu de l'arrêté du gouvernement du 15 fructidor an 8, de 8 décimes pour franc dans le dixième du produit net des patentes. L'art. 40 de la loi du 2 ventose an 13 a changé cette proportion. Il pose les bases d'après lesquelles le préfet liquide

Source : BIU Cujas

la portion qui revient aux communes. Des 15 centimes, dont le prélèvement est autorisé par les lois sur le montant des rôles de patentes de tout le département, deux centimes sont affectés aux frais de confection des rôles ; les 13 centimes restant de cette masse sont destinés d'abord à couvrir les décharges et réductions, et ce n'est que l'excédant qui se répartit entre les communes au centime le franc du montant de leur rôle particulier, diminué de ce qui aurait été mal à propos imposé. *V. Patentes.*

II. Les amendes de simple police appartiennent en entier aux communes sur le territoire desquelles ont été commis les délits qui y ont donné lieu. Les communes ont aussi dans les amendes de police correctionnelle portées par la loi du 22 juillet 1791, une part que cette lois détermine ; ainsi, les Maires trouvent à cet égard, dans l'intérêt de leur commune, un nouveau motif d'exercer une exacte surveillance.

Les états des amendes recouvrées sont fournis par la direction de l'enregistrement, et ce n'est que sur ces états que le préfet peut délivrer ses ordonnances. *V. Amende*, §. 8.

§. X. *Droits d'expéditions.*

Sur le droit qu'ont tous les citoyens d'exiger des expéditions, tant des actes de l'état civil que de tous autres déposés au secrétariat des mairies, sur les cas où ces expéditions doivent être payées, et enfin sur le montant des droits autorisés. *V. Etat civil*, §. 2 et 6, et *Expédition*, §. 5.

Le ministre de l'intérieur a décidé que le produit des expéditions ne devait point tourner au profit des Maires, adjoints, secrétaires ou employés personnellement, mais au profit de la commune. Il doit être ajouté aux autres fonds destinés à l'acquit des dépenses communales, et par conséquent porte au budjet, du moins par aperçu, au nombre des ressources ordinaires. Pour que le montant de cette rétribution soit exactement connu, le ministre prescrit la tenue d'un registre particulier, sur lequel doit être inscrit, sans aucun délai, le produit de chaque expédition ou de chaque extrait.

§. XI. *Centimes additionnels aux contributions.*

Le gouvernement, pour suppléer à l'insuffisance et même au défaut absolu d'autres revenus dans la plupart des communes, leur accorde à toutes une portion des centimes additionnels aux contributions foncière, personnelle et mobilière.

Le *maximum* de ce qui peut être ainsi imposé au profit des communes, est fixé jusqu'ici par les lois à 5 centimes pour franc du principal des deux contributions.

Ces 5 centimes sont employés à raison d'un douzième par mois, et cumulativement avec les autres revenus communaux, au paiement des dépenses autorisées.

§. XII. *Emploi des revenus et des autres ressources des communes.*

Aucune portion des revenus et des ressources des communes ne peut être employée qu'en vertu de l'autorisation préalable du préfet.

A cet effet, le Maire doit former et présenter au conseil municipal, dans sa session annuelle du 1er mai, le budjet de la commune pour l'année suivante ; le conseil municipal émet son vœu sur chacun des articles de ce budjet, et le préfet l'arrête après avoir pris l'avis du sous-préfet. *V. Budjets des communes.*

Les Maires, en formant leurs budjets, doivent mettre tous leurs soins à prévoir toutes les dépenses que pourra exiger l'exercice qui est l'objet de leur travail ; mais si un besoin quelconque a échappé à leur attention, ou s'ils n'ont pu prévoir une dépense dont ils reconnaissent ensuite la nécessité, ils en font la proposition au sous-préfet, qui la transmet au préfet. Si le préfet reconnaît l'utilité de la dépense, et s'il juge qu'elle ne puisse pas être ajournée à l'année suivante, il ordonne la réunion du conseil municipal pour en délibérer ; et après avoir vu la délibération de ce conseil et pris l'avis du sous-préfet, il adopte ou rejette la proposition. S'il l'adopte, il ouvre en même temps au Maire un crédit spécial sur les fonds disponibles de la commune.

Quand il s'agit de travaux, le Maire qui fait la proposition, soit dans le budjet, soit extraordinairement dans le cours de l'année, doit produire, 1° un devis détaillé et estimatif des travaux ; 2° un cahier des charges à imposer à l'entrepreneur, indiquant l'époque du commencement et de l'achèvement des ouvrages, celle de leur visite et réception, et celle des paiemens.

Le cahier des charges doit être approuvé par le préfet, qui, en le renvoyant, ordonne la confection des travaux par économie ou leur mise en adjudication. Dans ce dernier cas, l'approbation donnée par le préfet au cahier des charges, ne suffit pas : il faut qu'il approuve ultérieurement le procès-verbal d'adjudication.

Il est même nécessaire que le procès-verbal contienne expressément la clause suivante : *la présente adjudication ne sera définitive qu'après l'approbation du préfet ;* et le Maire porte alors cet acte sur son répertoire, avec ces mots à la marge : *soumis à l'approbation du préfet.* La nécessité et le but de cette double formalité sont expliqués ci-dessus, §. 3.

Enfin, les Maires ne doivent jamais oublier que toute proposition de dépense est nécessairement rejetée, quand la commune ne présente pas des ressources pour y faire face ; qu'elle l'est également, s'il s'agit d'une dépense ordinaire pour laquelle

Source : BIU Cujas

il faudrait toucher aux ressources extraordinaires; qu'enfin, ce n'est que pour des dépenses extraordinaires que la loi autorise l'imposition d'un supplément de centimes additionnels. Le gouvernement ne souffre aucune exception à ces principes, et on ne fait que tourmenter inutilement l'administration supérieure, quand on lui demande d'y déroger.

Quant aux villes qui ont plus de 20,000 francs de revenus, leurs budjets sont réglés par l'Empereur. (*Arrêté du gouvernement, du 4 thermidor an* 10.) Et c'est aussi par sa majesté que sont accordés les crédits spéciaux que ces villes peuvent avoir à demander pendant le courant de l'année. Mais le tout ne doit pas moins passer par l'intermédiaire du sous-préfet et du préfet, qui donnent leurs avis sur chaque proposition ou demande.

Ces villes n'ont pour frais d'administration que 50 centimes par tête d'habitant. (*Arrêté du gouvernement, du* 17 *germinal an* 11.) En cas d'insuffisance, le préfet est quelquefois autorisé à y pourvoir avec le fonds des dépenses imprévues.

§. XIII. *Paiement des dépenses communales.*

Aux termes de la loi du 11 frimaire an 7 et du décret du 30 frimaire an 13, le percepteur est chargé de recevoir tous les deniers appartenans à la commune, et de faire tous les paiemens.

Le Maire n'y est cependant pas étranger: il est au contraire l'ordonnateur de toutes les dépenses, et ce n'est qu'en vertu des mandats qu'il délivre, que le percepteur peut payer.

Les mandats doivent toujours être expédiés au profit de la personne à qui le montant en appartient; ainsi, ce n'est que pour la somme allouée au budjet pour frais de bureau, que le Maire peut expédier un mandat en son nom personnel.

Le percepteur peut retenir, sans mandat du Maire, le montant de ses remises, à concurrence de ce qu'il a reçu des fonds sur lesquels ces remises lui sont dues.

Le Maire, en expédiant ses mandats, doit avoir soin de ne le faire que jusqu'à concurrence des fonds que le percepteur peut avoir dans sa caisse.

Il doit avoir soin aussi de n'expédier de mandats que pour des dépenses dûment autorisées, soit par le budjet, soit par des crédits spéciaux postérieurement ouverts, et de ne jamais dépasser le montant de la somme accordée. S'il sortait de ces limites, il serait du devoir du percepteur de refuser le paiement du mandat. *V. Budjets des communes.*

Lorsqu'il s'agit du paiement d'une dépense autorisée par un crédit spécial, le Maire doit joindre à son mandat une copie certifiée par lui, de la lettre du préfet qui a ouvert le crédit.

Toutes ces règles sont le résultat des dispositions de la loi du 11 frimaire an 7 et de l'arrêté du gouvernement du 4 thermidor an 10.

On ne peut présumer qu'un percepteur refuse d'acquitter un mandat régulièrement tiré sur lui par le Maire. S'il se permettait de le faire, le Maire devrait en informer le sous-préfet, qui, après vérification faite, décernerait une contrainte contre le percepteur.

Les villes qui ont plus de 20,000 francs de revenus, ont un receveur spécial qui jouit d'un traitement fixe, dont le montant est réglé chaque année par le budjet que sa majesté arrête. Ce receveur est nommé par le conseil municipal. (*Art.* 32 *de l'arrêté des consuls, du* 4 *thermidor an* 10.)

§. XIV. *Comptes des recettes et des dépenses communales.*

C'est au Maire que le percepteur doit remettre son compte, à l'ouverture de la session annuelle du conseil municipal; et c'est le Maire qui est chargé de provoquer sur ce compte les débats du conseil.

Le Maire doit faire mettre en même temps sous les yeux du conseil, toutes les pièces propres à établir le montant des recettes dont le percepteur a été chargé, soit par le budjet, soit par des ordres spéciaux durant le cours de l'année.

Quant aux dépenses, le percepteur doit énoncer à chaque article, le numéro du budjet qui l'a autorisé, ou la date du crédit spécial, et enfin joindre la pièce justificative du paiement.

Le seul article pour lequel le percepteur n'a point de pièces justificatives à produire, est celui qui concerne ses remises.

Enfin, les Maires doivent transmettre les comptes au sous-préfet le plus tôt possible. Ils doivent aussi s'empresser de dénoncer les percepteurs qui n'auraient pas présenté leur compte, afin que le préfet provoque contre eux l'application de la peine prononcée par l'art. 65 de la loi du 11 frimaire an 7.

Les comptes des villes qui ont plus de 20,000 fr. de revenus, sont arrêtés par la cour des comptes. (*Art.* 11 *de la loi du* 16 *septembre* 1807.) Le ministre de l'intérieur exige, en outre, des Maires de ces mêmes villes, un compte d'administration. (*Circulaire du* 24 *mars* 1808.)

§. XV. *Procès et transactions.*

Les communes ne peuvent intenter ni soutenir aucune action en justice, sans y avoir été autorisées. *V. Communauté d'habitans.*

Dans les procès sur des droits de propriété, les communes ne peuvent transiger sans autorisation. Le préfet, informé par le Maire du projet de transaction, désigne trois jurisconsultes pour l'examiner. Leur consultation est mise sous les yeux du conseil municipal. Le préfet autorise, s'il y a lieu, la transaction, d'après l'avis du conseil de préfecture; mais cette transaction, pour être définitivement valable, doit être homologuée par le gouver-

Source : BIU Cujas

nement. (*Arrêté du gouvernement, du 21 frimaire an 12.*) *V. Transaction.*

Section XV. *Culte.*

§. I. *Organisation des cultes dans les communes.*

Il existe une cure dans chaque canton de l'Empire.

Le nombre des succursales pour chaque département, est fixé par le décret du 30 septembre 1807.

Des chapelles ou annexes peuvent être successivement établies, soit dans les paroisses ou succursales trop étendues, soit dans les communes pour lesquelles la difficulté des communications pourrait rendre trop pénible la fréquentation de l'église chef-lieu. Ces chapelles ou annexes peuvent être demandées, soit par les communes, soit par les principaux contribuables.

Dans le premier cas, le Maire en fait la proposition, et demande la convocation du conseil municipal pour émettre son vœu à ce sujet. La délibération du conseil se rédige en double expedition: le Maire en adresse une au préfet et l'autre à l'évêque.

Dans le second cas, les pétitionnaires adressent eux-mêmes leur demande à l'évêque et au préfet.

On verra dans le paragraphe suivant, les engagemens que doivent prendre ceux qui sollicitent ces sortes d'établissemens.

Les chapelles ou annexes dépendent des cures ou des succursales dans l'arrondissement desquelles elles sont placées.

Des chapelles domestiques ou oratoires particuliers peuvent aussi être établis sur la demande que l'évêque en fait au gouvernement.

§. II. *Frais de culte à la charge des communes.*

Jusqu'à ce que le gouvernement ait approuvé l'état de répartition qui lui est soumis des succursales à établir dans les départemens, le traitement d'une partie des desservans continuera d'être à la charge des communes.

A dater du jour de cette approbation, tous ces traitemens seront payés par le trésor public; mais, même dans cet ordre de choses, il peut être voté, par les conseils municipaux légalement convoqués, une augmentation de traitement en faveur des curés, desservans ou vicaires, avec indication des moyens d'assurer, aux frais de la commune, le paiement de cette augmentation. (*Décrets du 5 nivose an 13 et du 30 septembre 1807.*)

Les presbytères et les jardins y attenans qui n'ont pas été aliénés, sont rendus aux curés et aux desservans des succursales; mais à défaut de ces presbytères, les communes leur procurent, à leurs frais, un logement et un jardin, ou y suppléent par une indemnité en argent. *V. Presbytère*, n. 2.

L'acquisition, s'il y a lieu, l'entretien et la conservation des eglises, l'acquisition et l'entretien des objets nécessaires au service du culte, sont à la charge des fabriques; mais, en cas d'insuffisance de leurs ressources, les communes doivent y suppléer.

Lorsqu'une commune obtient l'établissement d'une chapelle, c'est toujours à la charge de doter le chapelain: aussi la délibération que prend à ce sujet le conseil municipal, doit-elle toujours énoncer la somme offerte pour lui servir de traitement. L'établissement de la chapelle est autorisé par un décret impérial, et la dépense est payée au moyen d'un rôle que le préfet rend exécutoire. (*Décret du 30 septembre 1807.*) — On comprend dans le rôle la remise due au percepteur qui en fait le recouvrement. Le Maire délivre ses mandats au profit du chapelain; et le percepteur rend un compte séparé de cette recette et de cette dépense, dans la même forme que pour les dépenses communales.

Lorsque les principaux contribuables d'une commune demandent l'érection d'une annexe, ils doivent souscrire l'obligation personnelle de payer le vicaire, et la joindre à la demande qu'ils adressent au préfet. Après l'érection de l'annexe, le préfet rend exécutoire l'obligation personnelle des particuliers qui l'ont demandée. (*Ibid.*)

Le chef-lieu d'une cure ou d'une succursale n'est pas seul tenu de payer les frais du culte qui s'y exerce; toutes les communes qui en dépendent contribuent à cette dépense proportionnellement à leurs ressources: le Maire d'une commune réunie ne peut se dispenser de faire acquitter le contingent assigné à sa commune. Il n'en est pas de même des frais du culte exercé dans une chapelle; ils sont à la charge de la commune seule où la chapelle est placée, et cette commune n'est point pour cela dispensée de payer sa part contributoire dans les frais de culte et d'entretien de l'église chef-lieu.

Au surplus, les dispositions des §. 12, 13 et 14 de la section 14 ci-dessus, s'appliquent à la proposition, au paiement et aux comptes des dépenses relatives aux cultes, excepté celles pour lesquelles nous avons dit qu'il y a lieu de dresser un rôle particulier.

On terminera par une observation qui pourra épargner aux Maires et aux conseils municipaux des propositions inutiles. On leur rappelle qu'on ne peut appliquer que les ressources *ordinaires* des communes à leurs dépenses *ordinaires*. Or le logement et le jardin des ministres des cultes ou l'indemnité qui en tient lieu, l'augmentation de traitement à leur accorder, et en général tous les frais de culte qui sont de nature à se renouveller chaque année, *à l'exception du traitement des chapelains*, sont rangés au nombre des dépenses ordinaires. (*Décision du ministre de l'intérieur, du 4e jour complémentaire et du 27 août 1807.*) Ce serait donc sans espoir de succès, qu'on demanderait, pour ces sortes de dépenses, une imposition extraordinaire.

Source : BIU Cujas

§. III. *Police des cultes.*

Tous les cultes sont libres en France; aucun n'y est dominant. Les Maires doivent donc les protéger tous, mais ils doivent aussi les surveiller. Ils prêteront leur appui aux ministres des cultes dans l'exercice de leurs fonctions; mais dans le cas où ceux-ci en abuseraient, ils en préviendraient l'autorité supérieure.

Un ecclésiastique abuserait de ses fonctions s'il contrevenait aux lois et aux réglemens de l'Etat, ou s'il se permettait dans l'exercice du culte un procédé qui pût compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience ou dégénérer contre eux en oppression, en injure ou en scandale public. (*Loi du* 18 *germinal an* 10.)

Les curés et les pasteurs protestans doivent prêter entre les mains du préfet, et les desservans entre les mains du sous-préfet, le serment prescrit par la convention passée, le 26 messidor an 9, entre le gouvernement et le saint-siège. Les uns et les autres, avant d'exercer leur ministère, doivent justifier au Maire de la commune de leur résidence, qu'ils se sont acquittes de cette obligation.

La direction des choses religieuses appartenant exclusivement au sacerdoce, le Maire qui assiste à l'office divin, ne doit s'y regarder que comme un simple fidèle, encore bien qu'il y occupe comme Maire une place distinguée. Il ne doit donc jamais s'y permettre aucune espèce de publication. S'il en a quelqu'une à faire, il la réservera pour la fin de l'office, et la fera à la porte principale de l'église. (*Instruction du ministre des cultes, du* 20 *pluviose an* 12.)

Parmi les anciennes fêtes d'obligation, les unes ont été *conservées*, les autres ont été ou *supprimées* purement et simplement, ou *transférées* au dimanche le plus voisin, soit avant, soit après le jour de leur échéance. — Les fêtes *conservées* sont au nombre de quatre: *Noël, l'Ascension, l'Assomption* et *la Toussaints*. Elles se célèbrent le même jour qu'autrefois. — Les ecclésiastiques peuvent annoncer, comme n'étant point d'obligation, les fêtes *supprimées*, et en faire l'office, comme par le passé, le jour même où elles tombent. — Mais les fêtes *transférées*, qui sont *l'Epiphanie, la Fête-Dieu* et *son octave, la Saint-Pierre et Saint-Paul*, et *les patrons de chaque paroisse*, ne peuvent se célébrer que le dimanche auquel on vient de dire qu'elles ont été transférées. (*Arrêté du gouvernement, du* 29 *germinal an* 10, *sur l'indult du* 9 *avril* 1802.)

L'exécution du règlement exige quelquefois dans certaines communes rurales une sorte de courage de la part des desservans qui, forcés de lutter contre les caprices de quelques brouillons, se trouvent dans l'alternative d'éprouver des désagrémens, ou de manquer à leurs devoirs. Les Maires sentiront que, dans les circonstances de cette nature, ils doivent aux ecclésiastiques le double appui de leur autorité et de leur influence personnelle, et qu'il n'importe pas moins à la cause de la religion elle-même qu'à l'ordre public de ne point souffrir que les lois de l'État et les décisions du saint-siège plient jamais devant les fantaisies de quelques individus assez insensés pour se prétendre plus catholiques que le souverain pontife. Si, contre toute vraisemblance, un desservant avait la faiblesse de céder aux importunités, et de célébrer, le jour même de son échéance, une des fêtes qui doivent être renvoyées au dimanche, le Maire devrait en informer sur-le-champ le sous-préfet, et lui signaler les auteurs de ce désordre.

Les églises sont ouvertes gratuitement au public. Celui qui y entre, ne peut être tenu à payer que le prix des bancs ou des chaises qu'il occupe (*décret du* 18 *mai* 1806). — On induirait mal à propos de cette disposition que les quêtes sont prohibées dans l'intérieur des églises; mais si toute autre perception y avait lieu, elle serait illégale, et les Maires devraient en avertir les autorités supérieures.

La loi du 18 germinal an 10 autorise les cérémonies du culte catholique hors les édifices qui lui sont consacrés, par-tout où il n'existe pas de temple destiné à un autre culte. Une lettre du ministre de l'intérieur, du 30 du même mois, déclare que cette autorisation s'applique à toutes les communes *où il n'y a point d'église protestante consistoriale*.

La police ayant dans tous les instans le droit d'ordonner le nettoiement des rues, il est hors de doute qu'elle peut en faire usage lorsqu'elle est prévenue qu'une procession doit y passer. Mais aucune loi ne l'autorise à exiger que les particuliers tapissent le devant de leurs maisons dans les solennités pour lesquelles cet usage était autrefois établi.

Les cloches sont spécialement destinées à appeler les fidèles au service divin; et, sous ce rapport, la direction de la sonnerie est étrangère aux attributions de l'autorité civile. Mais, dans tout autre cas, la permission des Maires est nécessaire pour sonner les cloches, et ils ne doivent l'accorder que pour des causes graves; ils doivent sur-tout veiller à ce qu'on n'abuse jamais de ce puissant moyen de troubler l'ordre public ou la tranquillité des citoyens. (*V.* l'art. 48 de la loi du 18 germinal an 10, et *Cloche*.)

Du principe de la publicité du culte catholique, dérive la faculté de placer hors l'enceinte des églises, les signes particuliers à ce signe. Mais l'autorisation du préfet est nécessaire pour placer des croix sur une grande route; et celle du Maire, lorsqu'on veut en ériger dans les rues et places d'une commune, ou sur un chemin vicinal.

Les curés et desservans ne doivent donner la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui représentent l'acte d'un mariage contracté devant l'officier civil (*loi du* 18 *germinal an* 10) — ils ne doivent également faire aucune inhumation sans l'autorisation de cet officier, qui la donne sur papier libre et sans frais. (*Art.* 77 *du Code Napoléon*). — S'ils s'écartaient de

Source : BIU Cujas

ces dispositions, les Maires devraient les leur rappeler, et en prévenir de suite le sous-préfet de leur arrondissement. Cette observation s'applique aux ministres de tous les cultes.

Si, contre le vœu de l'art. 19 du décret du 23 prairial an 12, il arrivait que le ministre d'un culte refusât son ministère pour l'inhumation d'un corps, le Maire devrait, soit de son propre mouvement, soit sur la réquisition de la famille, commettre un autre ministre du même culte pour remplir ces fonctions. En cas de refus de la part des ministres qu'il aurait commis, le même décret le charge de faire *porter*, *présenter*, *déposer* et *inhumer* le corps. Au surplus, tout refus de sépulture devrait être constaté par un procès-verbal, dont une expédition serait, dans les vingt-quatre heures, adressée au préfet, par l'intermédiaire du sous-préfet.

Les curés, desservans et vicaires sont tenus de faire gratuitement le service de l'inhumation d'un mort, lorsque son indigence est constatée par un certificat du Maire de la commune. Si l'église avait été tendue pour recevoir un convoi funèbre, et qu'on présentât ensuite le corps d'un indigent, il ne serait permis de détendre qu'après que le service de ce dernier serait fini (*décret du* 18 *mai* 1806). *V. Sépulture.*

Il est du devoir des Maires de veiller à ce qu'aucune chapelle domestique, aucun oratoire particulier, ne s'établisse sans la permission expresse du gouvernement. Ils informeraient de suite le sous-préfet de leur arrondissement des infractions de cette espèce qui viendraient à leur connaissance.

C'est aussi aux Maires qu'il appartient de garantir leurs administrés des dangers auxquels pourrait les exposer la dégradation des édifices consacrés au culte public. Ainsi, toutes les fois qu'une église menacera la sûreté des personnes qui s'y rassemblent, le Maire devra s'empresser d'en donner avis au sous-préfet, sur le rapport duquel le préfet en ordonnera la réparation ou la fermeture provisoire. En cas de péril imminent, le Maire ne devrait pas balancer d'ordonner lui même cette fermeture et toute autre précaution nécessaire, à la charge d'en rendre compte sur-le-champ à l'autorité supérieure.

§. IV. *Fabriques des églises paroissiales et succursales.*

La loi du 18 germinal an 10 porte qu'il sera établi des fabriques pour veiller à l'entretien et à la conservation des temples, ainsi qu'à l'administration des aumônes.

Le gouvernement a décidé que ces fabriques devaient être organisées par les évêques, sauf son approbation. On les appelle *fabriques intérieures ;* leur administration a pour objet de veiller aux besoins des églises, de recueillir et appliquer le produit éventuel de tout ce qui se perçoit dans l'intérieur des temples, et de pourvoir aux frais journaliers de l'exercice du culte ; elles seules peuvent disposer du produit des oblations, des troncs et quêtes, de la location des bancs et chaises, du droit perçu pour le service intérieur des morts. Leurs comptes sont rendus chaque année dans une assemblée, dont le mandement qui les a établis, indique la composition.

Des fabriques absolument distinctes de celles dont on vient de parler, ont été créées par l'arrêté du gouvernement, du 7 thermidor an 11. C'est à ces dernières, appelées *fabriques extérieures*, qu'appartient l'administration des biens-fonds et des rentes restitués aux fabriques, celle du produit des legs ou donations, la disposition des sommes recouvrées et des capitaux remboursés ; en un mot, la régie de toutes les propriétés dont les revenus sont affectés au culte. Elles sont composées de trois marguilliers que le préfet nomme, d'après l'avis de sous-préfet, sur une liste double ; cette liste est présentée par le Maire de la commune et par le curé ou le desservant. Le Maire et le curé peuvent faire séparément leur liste de présentation ; mais lorsqu'ils l'arrêtent de concert, il est indispensable qu'elle soit signée de l'un et de l'autre.

Les marguilliers extérieurs nomment parmi eux un caissier comptable. Le curé ou le desservant assiste à leurs assemblées, avec voix consultative seulement.

Le préfet n'établit aucune fabrique extérieure qu'après que le Maire de la commune lui a fait connaître, par l'intermédiaire du sous-préfet, que l'église possède des biens de la nature de ceux que les marguilliers de cette classe sont appelés à administrer.

§. V. *Biens rendus aux églises, et que les fabriques extérieures doivent administrer.*

Les biens rendus aux églises conservées avec le titre de cures ou de succursales, sont, — 1° Ceux dont elles ont joui, et qui n'étaient pas aliénés à l'époque de la publication de l'arrêté du 7 thermidor an 11, ainsi que les rentes qui leur ont appartenu et qui n'avaient pas été transférées à cette même époque (*Arrêté du 7 thermidor an* 11) ; — 2° Les biens provenans des fabriques des anciennes collégiales, qui se trouvent situés dans leurs arrondissemens, et les rentes de la même origine qui y sont payables (*Décret du* 15 *ventose an* 13) ; — 3° Les églises et les presbytères existans dans leur arrondissement, et qui se trouvent supprimés par suite de la nouvelle organisation eclésiastique (*Décret du* 30 *mai* 1806) ; 4° Les biens, même situés dans des communes étrangères, dont ont joui les églises supprimées qui leur sont réunies par l'effet de cette circonscription. (*Décret du* 31 *juillet* 1806.)

Tous ces biens et revenus, même ceux qui sont chargés de fondations pour messes, obits ou autres services religieux, doivent être administrés par les fabriques extérieures, qui, dans ce cas, paient aux curés, desservans ou vicaires, selon

Source : BIU Cujas

les règlemens du diocèse, les messes, obits ou autres services auxquels les fondations donnent lieu. (*Décret du 28 fructidor an 13.*)

Pour se mettre en possession d'un bien qui a originairement appartenu à leur église ou à une église réunie à la leur, les marguilliers doivent y avoir été autorisés par un arrêté spécial du préfet, rendu sur l'avis du directeur des domaines, et revêtu de l'approbation du ministre des finances. (*Avis du conseil d'état, du 13 décembre 1806, approuvé le 25 janvier 1807.*) Les Maires doivent veiller à ce que la fabrique de leur commune ne néglige pas cette formalité, lorsqu'elle élève des prétentions sur quelque bien autre que des églises ou des presbytères non aliénés.

Si ces prétentions avaient pour objet quelque rente ou domaine dont la jouissance eût été, avant la publication de l'arrêté du 7 thermidor an 11, réclamée par une administration charitable en vertu de la loi du 4 ventose an 9, les Maires devraient rappeler aux marguilliers que cet arrêté n'a point d'effet rétroactif; qu'avant sa publication, les biens et rentes primitivement dus aux fabriques, et soustraits à la recherche de la régie des domaines, devaient être concédés aux établissemens qui en avaient fait la découverte; que par conséquent ces établissemens sont possesseurs légitimes des biens et rentes qu'ils ont découverts et réclamés avant qu'ils fussent rendus à leur ancienne destination, et qu'aucune fabrique ne pourrait être admise à leur en contester la jouissance et à leur enlever le fruit de leurs recherches. (*Lettre du ministre de l'intérieur, du 27 prairial an 12.*) Mais si, parmi les biens et rentes dont les hospices et les pauvres se trouvent en possession en vertu de la loi du 4 ventose an 9, il y en avait qui fussent précédemment chargés de fondations pour quelques services religieux, les administrateurs charitables seraient tenus de payer la rétribution de ces services aux fabriques des églises dans lesquelles les fondations devaient s'acquitter. (*Décret du 19 juin 1806.*) *V. Hôpital*, §. 1.

Les fabriques qui avaient anciennement des rentes sur l'État, n'en peuvent recouvrer la jouissance qu'en les faisant liquider d'après les règles établies. Elles doivent en conséquence faire parvenir à la préfecture les originaux de leurs titres, avec une déclaration constatant qu'elles ne possédaient pas, à l'époque de la révolution, d'autres rentes sur l'État que celles dont la liquidation est demandée. Si les titres étaient adirés, elles y suppléeraient par les moyens qu'indique l'arrêté du gouvernement, du 3 vendémiaire an 10.

Lorsque le placement des cures et succursales aura été définitivement fixé par l'Empereur, le mobilier des églises qui seront alors reconnues inutiles pour l'exercice du culte, appartiendra de plein droit à celles dans l'arrondissement desquelles elles se trouveront situées; et des instructions particulières seront, à cette époque, données aux Maires, pour les diriger dans les opérations que le nouvel ordre de choses aura rendues nécessaires.

En rendant aux églises les biens dont elles avaient la jouissance avant la loi du 13 brumaire an 2, l'intention du gouvernement n'a pas été de les charger des dettes contractées par les fabriques qui existaient alors. Un décret impérial, du 11 mai 1807, porte que les créanciers de ces anciennes fabriques ne pourront exercer de poursuites contre les nouvelles, mais qu'ils devront suivre, à la liquidation générale de la dette publique, la réclamation de leurs droits. Il est intéressant pour les églises que cette disposition ne soit pas ignorée des marguilliers : les Maires ne doivent pas la leur laisser perdre de vue.

§. VI. *Mode d'administration des biens et des revenus des églises.*

Les biens des fabriques sont administrés dans la forme particulière aux biens communaux. (*Arrêté du 7 thermidor an 11.*)

Par conséquent toutes les formalités à remplir par les Maires pour parvenir à la location des biens de leurs communes, à la vente d'une coupe de bois, à l'échange ou à l'aliénation d'un bien communal, doivent également être remplies par les marguilliers, lorsqu'il s'agit de louer, d'exploiter, d'échanger ou d'aliéner des biens quelconques appartenans à la fabrique qu'ils administrent. Le détail de ces formalités se trouve ci-dessus, sect. 14. — On observera seulement ici que le conseil municipal qui, dans les affaires communales, émet son vœu avant que le sous-préfet donne suite à la proposition qui lui est soumise, ne doit être consulté, dans les affaires qui intéressent les fabriques, qu'au moment où l'on peut mettre sous ses yeux tous les renseignemens et toutes les pièces qui peuvent éclairer son opinion. Ainsi, par exemple, dans le cas où un échange est projeté entre un particulier et une fabrique, le Maire doit laisser aux marguilliers l'initiative de la proposition : c'est seulement après que le sous-préfet a fait faire les expertises jugées nécessaires, et l'information de *commodo et incommodo* exigée par l'arrêté du 7 germinal an 9, que le conseil municipal doit être réuni pour donner son avis sur l'opération.

Lorsqu'une fabrique veut retirer de la caisse d'amortissement des fonds qui y ont été versés en exécution de l'arrêté du 19 ventose an 10, elle doit adresser sa demande au sous-préfet de l'arrondissement qui lui indique, d'après les circonstances, les pièces nécessaires à produire pour en assurer le succès. Si les fonds sont demandés pour acquitter des réparations faites, le procès-verbal d'adjudication des travaux, celui de leur réception et une pétition de l'adjudicataire, sont toujours indispensables pour que le ministre puisse prendre une décision.

Les donations et legs faits aux fabriques sont acceptés en leur nom par le Maire de la commune,

Source : BIU Cujas

soit sur l'autorisation du sous-préfet, soit sur celle du gouvernement, selon les cas spécifiés à l'égard des communes, sect. 14, §. 1. L'autorisation doit être provoquée par une délibération des marguilliers.

Si un remboursement est offert à une fabrique, elle ne peut le recevoir qu'après en avoir obtenu l'autorisation du préfet: les marguilliers la lui demandent par une délibération que le Maire adresse au sous-préfet. L'arrêté par lequel le préfet autorise le remboursement, détermine l'emploi des fonds qui en proviennent. Le Maire veille à ce qu'ils ne reçoivent pas une autre destination.

Toutes les fois que la main-levée d'une opposition formée pour la conservation des droits d'une fabrique, n'a pas été ordonnée par un jugement, les marguilliers qui reconnaissent qu'elle doit être accordée, doivent s'adresser au préfet qui les y fait autoriser par le conseil de préfecture. Ils remettent leur demande au Maire qui la fait parvenir au préfet par l'intermédiaire du sous-préfet. Il en est de même lorsqu'il s'agit de la radiation ou réduction d'une inscription hypothécaire, ainsi que d'une mutation d'hypothèque.

L'autorisation du conseil de préfecture est également nécessaire pour qu'une fabrique puisse intenter ou soutenir un procès; mais le Maire doit avertir les marguilliers que le conseil ne donne jamais en masse les autorisations de cette nature. Les délibérations des marguilliers sur cet objet doivent toujours désigner nominativement les individus contre lesquels ils veulent former une demande et indiquer les moyens par lesquels ils se proposent d'établir la légitimité de chacune des créances qu'ils veulent réclamer.

Les comptes des fabriques extérieures ne doivent être rendus ni aux Maires ni aux conseils municipaux; le marguillier comptable les présente à ses collègues, qui remplissent à cet égard les fonctions attribuées aux conseils municipaux, en ce qui concerne les comptes des dépenses communales; ils sont ensuite adressés en double expédition au sous-préfet, avec les pièces justificatives produites à l'appui des dépenses. Le sous-préfet, après les avoir vérifiées, les transmet, avec son avis, au préfet, qui les arrête définitivement. (*Décision du ministre de l'intérieur, du 28 mai 1807.*)

Suivant la même décision, les marguilliers nommés en vertu de l'arrêté du 7 thermidor an 11, n'ont pas le droit de se mêler des comptes qu'auraient encore à rendre les administrateurs des anciennes fabriques. S'il en restait à apurer, ils devraient être rendus directement au sous-préfet, et ensuite arrêtés, sur son avis, par le préfet.

Section XVI. *Instruction publique.*

§. I. *Ecoles primaires.*

La cause de l'éducation est celle de l'Etat; mais c'est spécialement sur l'instruction du premier âge que doivent se porter la sollicitude et la surveillance des Maires.

Dans l'état actuel des choses, et sauf les modifications auxquelles l'établissement de l'université pourra donner lieu, chaque commune est autorisée à avoir une école primaire, pourvu qu'elle ait les moyens de procurer à l'instituteur un logement en nature ou une indemnité convenable. Il peut même en être établi plusieurs dans les communes auxquelles une seule ne suffirait pas.

Celles qui sont populeuses, doivent s'attacher à avoir une école particulière pour les enfans de chaque sexe.

Lorsque l'insuffisance des revenus d'une commune ne lui permet pas d'avoir une école pour elle seule, ses habitans acquièrent le droit d'envoyer leurs enfans à l'école d'une commune voisine, en contribuant aux frais du logement de l'instituteur dans une proportion que le préfet détermine sur la proposition du sous-préfet de l'arrondissement; mais, dans ce cas, l'indemnité de logement accordée à l'instituteur, doit toujours être calculée sur le prix commun du loyer des maisons de la commune où l'école est établie, sauf à celle-ci à payer séparément les salaires et gratifications qu'elle croirait devoir à l'instituteur, à raison de quelque service particulier.

Les instituteurs et institutrices sont, quant à présent, nommés par les conseils municipaux sur la présentation des Maires. Mais *V. Université.*

§. II. *Ecoles secondaires et pensionnats.*

Les écoles secondaires se divisent en écoles communales et écoles tenues par des instituteurs particuliers.

Les premières sont celles dont les villes font les frais en tout ou en partie. Elles porteront désormais le nom de *collèges.*

Un bureau particulier, dont le Maire et deux membres du conseil municipal, choisis au scrutin par le conseil lui-même, doivent toujours faire partie, est aujourd'hui chargé de l'administration de ces établissemens.

L'arrêté du gouvernement du 19 vendémiaire an 12 règle le mode de cette administration, ainsi que la méthode d'après laquelle les enfans doivent être élevés et instruits.

Les écoles secondaires, tenues par des particuliers, sont aujourd'hui sous la surveillance et l'inspection directe des préfets et sous-préfets. Elles seront à l'avenir appelées *institutions*, et immédiatement surveillées par le grand-maître de l'Université, sans un brevet duquel elles ne pourront être établies. *V. Université.*

La dénomination de *pension* ou *pensionnat* est spécialement affectée par le décret du 17 mars 1808 aux maisons d'éducation ouvertes par des particuliers, et consacrées à des études moins fortes que celles des collèges et des institutions.

A l'avenir, aucune pension ne pourra être te-

Source : BIU Cujas

nue que par un membre de l'Université impériale, gradué dans l'une de ses facultés, et breveté par son grand-maître. Les recteurs et les conseils académiques en auront la surveillance immédiate; et sur leur rapport, le grand-maître pourra faire fermer les pensions où il aura été reconnu des abus graves et des principes contraires à ceux de l'Université. (*Décret du 17 mars 1808.*)

Quant à présent, les pensionnats existans sont soumis à la surveillance des Maires, qui peuvent et doivent même y faire des visites à des époques imprévues, à l'effet de s'assurer si l'on y donne à la santé des enfans tous les soins qu'exige la faiblesse de leur âge, si la nourriture y est propre et saine, si l'on y prend les précautions convenables pour la conservation de leurs mœurs, etc. (*Arrêté du gouvernement du 17 pluviose an 6.*)

Section XVII. *Découvertes et pratiques utiles.*

Les Maires ne doivent pas se borner à faire ce que les lois leur prescrivent explécitement. La magistrature paternelle dont ils sont investis, ne leur permet pas de rester étrangers à rien de ce qui peut être utile. Ils doivent donc encourager les découvertes et les pratiques dont la société peut tirer avantage. Ils doivent réunir tout ce que la confiance de leurs administrés peut leur donner de moyens pour propager la vaccine, l'inoculation du claveau, pour éclairer les cultivateurs sur l'avantage des prairies artificielles, de la plantation des chemins, des moutons espagnols, des roues à larges jantes; ils doivent encourager ceux qui s'occupent du perfectionnement de la charrue, exciter le zèle des ouvriers qui pourraient former des compagnies de pompiers, chercher des souscriptions volontaires pour l'acquisition des pompes et de seaux à incendie, pour la restauration des chemins vicinaux, lorsque les moyens de la commune ne peuvent y suffire; ils doivent répandre le plus possible les notions qui leur ont été plusieurs fois données sur les moyens de secourir les noyés et les asphixiés, etc.

Section XVIII. *Secours publics.*

C'est aux Maires à diriger ou surveiller, dans leurs communes, l'emploi des secours que la bienfaisance publique ou des dotations peuvent procurer à l'indigence, et à chercher ainsi les moyens de prévenir le fléau de la mendicité. (*V. ci-dessus art. 4, §. 6 et 7; Aumône, Fondation, Hôpital* et *Secours publics.*)

Section XIX. *Prisons.*

Les Maires doivent veiller avec grand soin, à la sûreté et à la salubrité des prisons; ils doivent par des visites fréquentes s'assurer si les registres des geôliers sont régulièrement tenus, si les prévenus, les détenus et les condamnés reçoivent les alimens et la paille que la loi leur accorde; si les alimens sont convenables et sains; si un ordre régulier est établi dans la maison; si les prévenus et les condamnés sont séparés; si les sexes le sont également, etc.

C'est sur la présentation des Maires que le préfet nomme les geôliers et guichetiers. (*Loi du 3 brumaire an 4.*)

V. Arrestation, Emprisonnement, Maison de justice et *Prison.*

Section XX. *Correspondance et mesures d'ordre.*

Les Maires peuvent correspondre, par la poste, en franchise avec le préfet du département et le sous-préfet de leur arrondissement; mais seulement sous bandes et en contresignant leurs lettres. (*Art. 10 et 11 de l'arrêté des consuls du 27 prairial an 8.*)

Quant au mode et aux détails de cette correspondance, ainsi qu'aux mesures d'ordre qu'elle peut exiger, ce sont en quelque sorte des dispositions de famille qui ne peuvent et doivent être faites que par le chef. C'est donc aux préfets à les régler chacun dans son département, et les Maires doivent s'y conformer.

V. Communauté d'habitans, Echevins, Préfet et *Sous-préfet.*]] *

* MAIRE DU PALAIS. On appelait ainsi, sous la première race de nos rois, le premier et le principal officier qui avait la disposition de toutes les affaires de l'État sous le nom du roi.

Les Maires du palais, dans leur origine, représentaient ce qu'est aujourd'hui le grand-maître; et celui qui était revêtu de cette dignité, se nommait *major domûs regiæ, palatii gubernator, præfectus, etc.* Ainsi, lorsque Chilpéric envoya Waddon pour accompagner sa fille en Espagne, où elle allait épouser Récarede, il lui donna le titre de Maire du palais de la princesse; et c'est là l'idée qu'on doit avoir de tous les Maires du palais qui se trouvent nommés dans l'histoire avant la mort de Dagobert I. La puissance des Maires s'accrut après la mort de ce prince, qui est l'époque de la décadence de l'autorité royale; leur emploi ne leur fut d'abord donné que pour un temps; il le fut ensuite à vie; puis ils le rendirent héréditaire. Ils commandaient dans le palais des rois; ils devinrent leurs ministres, et on les vit à la tête des armées: aussi changèrent-ils leurs qualités, et le Maire prit dans la suite celle de *dux Francorum.* Ce fut Grimoald qui commença à porter cette dignité au plus haut point, sous le règne de Sigebert II, roi d'Austrasie.

Le pouvoir des Maires fut tel, qu'ils déposèrent souvent les rois et en mirent d'autres en leur place.

Lorsque le royaume fut divisé en différentes monarchies, celles de France, d'Austrasie, de Bourgogne et d'Aquitaine, il y eut des Maires du palais dans chacun de ces royaumes.

Pepin, fils de Charles Martel, qui fut, après son

Source : BIU Cujas

père, Maire du palais, étant parvenu à la couronne en 752, mit fin au gouvernement des Maires du palais. (M. Guyot.) *

* MAIRE-AGE. Ce mot se trouve employé pour *majorité* dans une charte de l'an 1319, au tom. 1 des preuves de l'histoire de Bretagne. Le sens littéral de *Maire* est effectivement le même que celui de *majeur* (G. D. C.) *

MAISON. *V. Architecte, Bail, Bâtiment, Construction, Couvreur, Démolition, Forêt*, n. 3; *Habitation, Legs*, sect. 4, §. 3, n. 15; *Mur, Réparations, Servitude, Clain*, §. 3; *Emprisonnement, Saisie-gagerie, Meubles* (*Legs de*), *etc.*

[[MAISON COMMUNE. C'est ce qu'on appelait autrefois la *Maison* ou *l'Hôtel de Ville*, c'est-à-dire, l'édifice où siège l'administration municipale de chaque commune. *V. Cession de biens, Etat civil* et *Mariage.*]]

[[MAISON D'ARRÊT. C'est le lieu où sont détenus les personnes arrêtées pour crime ou délit, et contre lesquelles il a été décerné, soit un mandat de dépôt, soit un mandat d'arrêt. *V. Arrestation, Mandat d'arrêt, Mandat de dépôt, Forfaiture*, et *Maison de justice.*]]

[[MAISON DE CORRECTION. *V. Correction*, et *Emprisonnement*, §. 2.]]

[[MAISON DE DÉTENTION. C'est le lieu où sont détenus les personnes condamnées, soit à la peine de la détention, soit à celle de la gêne, soit à celle de la réclusion. Ce lieu est aussi nommé *Prison. V. Détention, Réclusion, Gêne* et *Maison de justice.*]]

[[MAISON DE JUSTICE. C'est le lieu où sont détenus les prévenus de crimes qui sont en état d'accusation. *V. Arrestation* et *Ordonnance de prise de corps.*

Les Maisons de justice, les Maisons d'arrêt et les prisons font la matière du tit. 18 du liv. 2 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4. Voici comment sont conçus les articles qui le composent :

« 570. Indépendamment des prisons qui sont établies comme peines, il y a près de chaque directeur du jury d'accusation, une Maison d'arrêt pour y retenir ceux qui sont envoyés par mandat d'officier de police; et près de chaque tribunal criminel, une Maison de justice pour détenir ceux contre lesquels il est intervenu une ordonnance de prise de corps.

» 571. Les commissaires du pouvoir exécutif près les administrations de département, veillent, sous l'autorité de ces administrations, à ce que ces différentes Maisons soient, non seulement sûres, mais propres et saines, de manière que la santé des personnes détenues ne puisse être aucunement altérée.

» 572. La garde de ces Maisons est confiée par l'administration du département, sur la présentation de l'administration municipale du canton, à des citoyens d'un caractère et de mœurs irréprochables, lesquels promettent de veiller à la garde de ceux qui leur seront remis, et de les traiter avec douceur et humanité.

» 573. Chaque gardien des Maisons d'arrêt, Maisons de justice, ou geôlier des prisons, est tenu d'avoir un registre. — Ce registre est signé et paraphé à toutes les pages par le directeur du jury, pour les Maisons d'arrêt et les prisons; et par le président du tribunal criminel, pour les Maisons de justice.

» 574. Tout exécuteur de mandat d'arrêt, d'ordonnance de prise de corps, ou de jugement de condamnation à la prison, est tenu, avant de remettre la personne qu'il conduit, de faire inscrire sur le registre l'acte dont il est porteur; l'acte de remise est écrit devant lui. — Le tout est signé, tant par lui que par le gardien ou geôlier. — Le gardien ou geôlier lui en donne copie signée de lui pour sa décharge.

» 575. Nul gardien ou geôlier ne peut, à peine d'être poursuivi et puni comme coupable de détention arbitraire, recevoir ni retenir aucune personne qu'en vertu, soit d'un mandat d'arrêt décerné selon les formes prescrites par les art. 222 et 223 de la constitution, soit d'une ordonnance de prise de corps, d'un décret d'accusation, ou d'un jugement de condamnation à prison ou à détention correctionnelle, et sans que la transcription en ait été faite sur son registre.

» 576. Le registre ci-dessus mentionné contient également en marge de l'acte de remise, la date de la sortie du détenu, ainsi que l'ordonnance ou le jugement en vertu desquels elle a eu lieu.

» 577. Dans toutes les communes où il y a, soit une Maison d'arrêt, soit une Maison de justice, soit une prison, un des officiers municipaux du lieu est tenu de faire, au moins deux fois par décade, la visite de ces Maisons.

» 578. L'officier municipal veille à ce que la nourriture des détenus soit suffisante et saine; et s'il s'aperçoit de quelque tort à cet égard contre la justice et l'humanité, il est tenu d'y pourvoir par lui-même ou d'y faire pourvoir par l'administration municipale; laquelle a le droit de condamner le geôlier à l'amende, même de demander sa destitution au département, sans préjudice de la poursuite criminelle contre lui, s'il y a lieu.

» 579. La police des Maisons d'arrêt et de justice, et des prisons, appartient à l'administration municipale du lieu. — Le président du tribunal peut néanmoins donner tous les ordres qu'il juge nécessaires pour l'instruction et le jugement. — Si quelque détenu use de menaces, injures ou violences, soit à l'égard du gardien ou geôlier, soit à l'égard des autres détenus, l'officier municipal ordonne qu'il sera resserré plus étroitement, enfermé seul, même mis aux fers en cas de fureur ou de violence grave, sans préjudice de la poursuite criminelle, s'il y a lieu.

Source : BIU Cujas

» 580. Les Maisons d'arrêt ou de justice sont entièrement distinctes des prisons, qui sont établies pour peines. — Jamais un homme condamné ne peut être mis dans la Maison d'arrêt et réciproquement ». — *V. Maire*, sect. 19, et *Prison.*]]

[[MAISON DE L'EMPEREUR. *V. Liste civile.*]]

[[MAISON DE PRÊT SUR NANTISSEMENT. On appelle ainsi une maison ouverte au public, dans laquelle on prête sur gages.

Ces établissemens, qui étaient sévèrement prohibés sous l'ancien régime, à raison de la défense qui existait alors de prêter à intérêt, se sont excessivement multipliés après la loi du 2 octobre 1789, qui a autorisé cette manière de prêter.

Mais les abus de tout genre qui en sont résultés, ont excité la sollicitude du gouvernement; et la loi du 16 pluviose an 12 y a pourvu en ces termes :

« *Art.* 1. Aucune Maison de prêt sur nantissement ne pourra être établie qu'au profit des pauvres et avec l'autorisation du gouvernement.

» 2. Tous les établissemens de ce genre actuellement existans, qui, dans six mois à compter de la promulgation de la présente loi, n'auront pas été autorisés comme il est dit en l'art. 1er, seront tenus de cesser de faire des prêts sur nantissement, et d'opérer leur liquidation dans l'année qui suivra.

» 3. Les contrevenans seront poursuivis devant les tribunaux de police correctionnelle, et condamnés, au profit des pauvres, à une amende payable par corps, qui ne pourra être au-dessous de cinq cents francs, ni au-dessus de trois mille francs. — La peine pourra être double en cas de récidive.

» 4. Le tribunal prononcera en outre, dans tous les cas, la confiscation des effets donnés en nantissement ».

Les Maisons de prêt qui, en exécution de cette loi, avaient été autorisées à Paris et à Marseille, ont été supprimées par les décrets impériaux des 8 thermidor an 13 et 10 mars 1807, relatifs aux monts de piété de ces villes.

V. Gage, *Intérêt* et *Mont de piété.*]]

[[MAISON DE RÉPRESSION. *V. Mendiant*, §. 2.]]

MAISON MORTUAIRE. Expression usitée dans les Pays-Bas en matière de succession légitime ou testamentaire : elle désigne littéralement la *Maison d'un mort*, et on l'emploie sur-tout lorsqu'il s'agit de compétence et de juridiction. Ainsi, les mots *juge de la Maison mortuaire*, et *juge du lieu où la succession est ouverte*, sont parfaitement synonymes.

I. Les inconvéniens qu'il y aurait à plaider en divers tribunaux sur chacune des difficultés qui s'élèvent dans une succession, ont fait admettre pour principe dans une grande partie des Pays-Bas, que la connaissance de ces sortes de contestations appartient aux juges de la Maison mortuaire, privativement à tous les autres.

Ce principe n'est pas tout-à-fait conforme au droit romain, comme on peut s'en convaincre par la loi 19, D. *de judiciis;* par les lois 50, 51, 52, du même titre; par la loi unique, C. *ubi de hereditate;* et par la loi unique, C. *ubi fideicommiss.;* mais il est si simple dans la pratique, et d'une exécution si facile, qu'il devrait être admis par-tout.

Voici une espèce dans laquelle il a été confirmé solennellement. Le sieur Maurand Cardon, domicilié et décédé à Douai, avait fait, le 19 novembre 1683, un testament par lequel il substituait tout son patrimoine jusqu'à la troisième génération. Il s'éleva des difficultés entre les appelés à la substitution; et comme la plus grande partie des biens était située en Artois, la dame de Quellery de Chanteraine entreprit, pour les faire décider par les juges de cette province, de faire exploiter, sous l'autorité du conseil d'Artois, une mise de fait sur un immeuble situé au village de Brebières. M. Vernimmen, à qui cette mise de fait avait été signifiée avec assignation pour la voir décréter, se pourvut au parlement de Flandre, et y obtint sur requête un arrêt du 3 avril 1764, qui déclara tout ce qui s'était fait au conseil d'Artois, nul et de nul effet, et fit défenses aux parties de procéder en ce tribunal sur les contestations dont il s'agissait. Après quelques poursuites au conseil d'Artois, la dame de Chanteraine fit rendre au parlement de Paris un arrêt du 20 août suivant, qui ordonna que, « sans s'arrêter à l'arrêt du parlement de Flandre, du 3 avril dernier, les parties procéderaient en la cour; fit défenses de passer outre, et de faire poursuites ailleurs qu'en icelle, à peine de nullité, mille livres d'amende, dépens, dommages et intérêts ». Mais M. Vernimmen ayant pris des lettres de règlement de juges, et les parties ayant fourni au conseil leurs moyens respectifs, il intervint le 1er février 1768, un arrêt dont voici le dispositif : « Le roi étant en son conseil, faisant droit sur l'instance, sans s'arrêter aux demandes de ladite dame de Chanteraine, a renvoyé et renvoie les parties au parlement de Douai, pour y procéder sur leurs différens et contestations, circonstances et dépendances, suivant les derniers erremens; condamne ladite dame de Chanteraine en l'amende de 300 livres envers sa majesté, et de 150 livres envers le sieur Vernimmen, et aux dépens ».

On voit par cet arrêt, que le juge de la Maison mortuaire ne peut pas être dépouillé de sa juridiction par la voie de mise de fait ou saisie, quoiqu'en général, suivant le droit commun des Pays-Bas, les saisies attribuent aux juges des lieux où elles sont pratiquées, la connaissance des objets qu'ont en vue les parties qui les font exploiter.

C'est ce qui a encore été jugé par un arrêt du conseil souverain de Brabant du 15 novembre 1712, rapporté par Winantz, §. 36.

Source : BIU Cujas

Le parlement de Flandre a décidé plusieurs fois la même chose. « En cas de contestation entre les héritiers, l'action de partage doit être intentée et poursuivie devant le juge de la Maison mortuaire, et non ailleurs, sous prétexte de saisie, plainte à loi, ou autrement. Arrêt du parlement de Flandre, rendu le 7 mai 1714 au rapport de M. de Cambronne ». Ainsi s'exprime Deghewiet en ses *Institutions au droit belgique*, part. 3, tit. 1, §. 9.

J'ai fait rendre un arrêt semblable le 20 avril 1776, en faveur du sieur Roux du Bourg, syndic des créanciers de la veuve Daverdoing, contre les nommés Béecle et Dehoust. Ceux-ci réclamaient une partie de l'hérédité de la veuve Daverdoing, et avaient fait saisir, par l'autorité des échevins d'Honschote, les biens auxquels ils se prétendaient appelés. Le syndic des créanciers, assigné pour voir décréter cette saisie, avait demandé son renvoi devant les juges de Saint-Omer, lieu de l'ouverture de la succession. Les échevins d'Honschote avaient rejeté son déclinatoire, et lui avaient ordonné de contester au fond. Mais sur l'appel qu'il interjeta de leur sentence au présidial de Bailleul, il fut dit que Béecle et Dehoust se pourvoiraient devant les juges de la Maison mortuaire, et l'arrêt cité a confirmé ce jugement. Il a été rendu à la seconde chambre, au rapport de M. Hennet.

II. La défense de porter des contestations relatives à une succession dans d'autres tribunaux que ceux du lieu où elle est ouverte, en attribue-t-elle nécessairement la première connaissance aux juges immédiats, ou peut-on suivre à cet égard les règles assez généralement reçues, qui établissent un droit de prévention dans les affaires ordinaires, entre la plupart de ces juges, et ceux devant lesquels ils ressortissent directement ?

Cette question a souffert autrefois de grandes difficultés dans la Flandre Flamande. — D'un côté, le conseil provincial de Gand prétendait pouvoir connaître, en première instance, des Maisons mortuaires de son territoire, sur-tout lorsque l'on se pourvoyait devant lui par complainte, attendu que cette action est de la compétence exclusive des juges royaux. — D'un autre côté, les officiers municipaux des villes soutenaient qu'ils avaient, par leurs chartes de commune, un droit inviolable à la connaissance immédiate de toutes les affaires qui intéressaient leurs bourgeois ou qui concernaient les successions de ceux-ci. — Enfin, un placard de l'empereur Charles-Quint, du 25 janvier 1524, a décidé la contestation en ces termes : « Avons accordé, consenti et octroyé, accordons, consentons et octroyons par ces présentes, que lorsque quelqu'un voudra se fonder pour hoir ou héritier d'une Maison mortuaire, soit bourgeoise ou privilégiée, sise dans notredit comté de Flandre, il sera obligé et tenu de le faire dans le même endroit et lieu où la susdite Maison mortuaire sera dévolue, sans le pouvoir faire en complainte par nouvelleté dans la chambre de notre prédit conseil en Flandre, ou par-devant tous autres juges supérieurs..... Et le cas arrivant que, contraire à notre présente ordonnance, quelqu'un viendrait à obtenir complainte en ladite chambre de conseil ou par-devant autres juges supérieurs, nous ordonnons et voulons, en ce cas, qu'à la réquisition de la partie adverse, iceux juges les appointeront sommairement, en déclarant la nullité d'icelle obtention, comme incompétente, et renvoieront à cet effet les parties aux endroits et lieux où lesdites Maisons mortuaires, soit bourgeoises ou privilegiées, sont dévolues et échues, afin que droit leur soit fait et administré, suivant qu'il sera trouvé convenable, sauf toutefois le ressort coutumier ».

Ce placard n'a été porté que pour la Flandre Flamande ; ainsi la question est demeurée entière par rapport aux autres provinces : mais l'usage l'a décidé depuis ; et l'on tient pour une maxime constante, que dans les lieux où les juges royaux ont la prévention sur ceux des municipalités ou des seigneurs, les contestations relatives aux *Maisons mortuaires* sont soumises à ce droit comme les autres affaires. — Par exemple, le conseil provincial d'Artois a la prévention sur tous les sièges de son ressort, lorsqu'il a été *accepté à juge* par un acte passé devant notaires ; et rien n'est plus commun que de voir porter directement en ce tribunal des demandes en délivrance de legs ordonnés par un testament qui contient une soumission à sa juridiction. — Les gouvernances de Lille et de Douai sont fondées par leurs coutumes à connaître en première instance de toutes les causes de leurs justiciables, à moins que les seigneurs haut justiciers ou vicomtiers ne se joignent à ceux-ci pour demander leur renvoi devant leurs officiers ; aussi voit-on tous les jours des héritiers ou des légataires se pourvoir immédiatement dans ces deux tribunaux pour obtenir la maintenue dans la succession ou la délivrance d'un legs.

III. La circonstance que les biens d'une succession sont situés dans deux juridictions différentes, qui toutes deux ressortissent nuement au parlement, est-elle une raison suffisante pour que les prétendans à cette succession, se pourvoient directement en cette cour, au lieu de le faire dans celle des deux juridictions inférieures, sur le territoire de laquelle le défunt avait son domicile ?

Cette question s'est présentée en 1783, entre Pierre-Joseph Doty, héritier, et les légataires universels de la demoiselle Dupuis, décédée à Cambrai. Doty, prétendait qu'il se trouvait dans la succession des biens situés en Hainaut et en Cambresis ; et sous ce prétexte, il avait intenté son action au parlement de Flandre. Les légataires universels, pour qui j'écrivais, ont répondu, 1° qu'il n'était pas prouvé que la demoiselle Dupuis eût laissé des biens en Hainaut ; 2° que quand même ses biens eussent été effectivement situés sous deux juridictions différentes, ce n'aurait pas été une raison pour porter directement la contesta-

Source : BIU Cujas

tion au parlement ; que la situation des biens était indifférente pour déterminer la compétence du tribunal qui devait connaître d'une succession ; et que les lois belgiques ne reconnaissaient d'autre juge compétent, à cet égard, que celui de la Maison mortuaire. — Pour écarter le premier de ces moyens, Doty a demandé que les légataires universels fussent tenus de déposer tous les titres et papiers de la succession, qu'ils avaient pris sans inventaire ni délivrance. Par-là, disait-il, on verra s'il n'est pas vrai que la demoiselle Dupuis a laissé des biens en Hainaut. — Les légataires universels ont répliqué que la preuve de ce fait était indifférente, parcequ'en la supposant acquise, il serait toujours demeuré constant que le juge de Cambrai était, comme juge de la Maison mortuaire, le seul devant lequel Doty eût dû se pourvoir. — Sur cela, arrêt du 18 août 1783, à la seconde chambre, au rapport de M. de Ranst de Berchem, qui renvoie les parties devant le juge de la Maison mortuaire, et condamne Doty aux dépens.

[[IV. La loi du 26 ventose an 4, le Code Napoléon et le Code de procédure civile consacrent expressément et étendent à toute la France, le droit exclusif du juge du lieu de l'ouverture d'une succession, de connaître de toutes les contestations qui y sont relatives. *V. Domicile*, §. 2 ; *Héritier*, sect. 2, §. 3, n. 3 ; et *Licitation*, §. 2.]]

MAITRE. *V. Domestique, Incendie, Juge de paix* et *Ouvrier.*

[[MAITRE *de bateau. V. Voiturier.*]]

[[MAITRE *de navire. V. Capitaine* et *Navire.*]]

* MAITRE DE QUAI. C'est un officier préposé dans un port de commerce, pour y exercer différentes fonctions relatives à la police.

C'est l'amiral de France qui donne la commission de Maître de quai, ainsi que toutes les autres commissions qui concernent la marine dans les ports de commerce.

Observez néanmoins que quoique les ordonnances aient attribué à l'amiral de France le droit de nommer à l'office de Maître de quai, il y a quelques ports où ce droit est exercé par d'autres.

Au Havre, c'est le gouverneur qui dispose de cet office, en conséquence d'une ancienne possession qui lui a été confirmée par un arrêt du conseil du 5 septembre 1686.

A Bayonne, le maire et les échevins jouissent du même droit, conformément à un arrêt du conseil du 7 juillet 1687.

Le même jour, il est intervenu un autre pareil arrêt en faveur des jurats de Bordeaux.

Suivant l'art. 1 du tit. 2 du liv. 4 de l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681, le Maître de quai doit prêter serment entre les mains du lieutenant de l'amirauté, et faire enregistrer sa commission au greffe de l'amirauté du lieu de son établissement.

On ne doit recevoir le serment dont il s'agit, qu'après une information de vie et de mœurs, et que le pourvu a justifié qu'il a l'âge de 25 ans, ainsi que l'expérience et la capacité requises en pareil cas.

L'art. 2 charge le Maître de quai du soin de faire ranger et amarrer les vaisseaux dans le port, de veiller à tout ce qui concerne la police des quais, ports et havres, et de faire donner les assignations nécessaires pour faire punir les contrevenans.

Le Maître de quai doit empêcher qu'on ne fasse de jour ou de nuit aucun feu dans les navires, barques et bateaux et autres bâtimens marchands ancrés ou amarrés dans le port, lorsqu'il s'y trouve quelque vaisseau du roi. C'est la disposition de l'art. 4 ; mais elle n'a pour objet que l'intérêt des vaisseaux de l'Etat.

S'il n'y a dans le port que des vaisseaux marchands, il faut se conformer à l'art. 14 du titre précédent : il défend *à toute personne de porter et allumer du feu pendant la nuit sur les vaisseaux qui sont dans les bassins et havres, sinon en cas de nécessité pressante, et en présence ou par la permission du Maître de quai.*

Il suit de ces dispositions, qu'on peut faire du feu pendant le jour sans permission sur les navires marchands : cependant, comme il y a des ports où le feu est beaucoup plus à craindre qu'en d'autres, on y a étendu au jour la prohibition qui n'avait été prononcée que pour la nuit. C'est ainsi qu'il en a été usé à l'égard du port de la Rochelle, par une ordonnance du roi du 21 janvier 1722, qui prononce contre les contrevenans la peine de 60 l. d'amende.

Le Maître de quai est chargé d'indiquer les lieux propres pour chauffer les bâtimens, gaudronner les cordages, travailler aux radoubs et calfats, et pour lester et délester les vaisseaux : il doit aussi avoir soin de poser et entretenir les feux, balises, tonnes ou bouées aux endroits nécessaires, suivant l'usage et la disposition des lieux. C'est ce qui résulte de l'art. 5 du tit. 2 cité précédemment.

L'art. 6 enjoint au Maître de quai de visiter, une fois le mois et toutes les fois qu'il y a eu tempête, les passages ordinaires des vaisseaux, pour reconnaître si les fonds n'ont point changé, et de faire sur cela son rapport à l'amirauté, sous peine de 50 livres d'amende pour la première fois, et de destitution en cas de récidive.

En cas de nécessité, le Maître de quai peut couper les amarres que les Maîtres ou autres qui sont dans les vaisseaux, refusent de larguer après les injonctions verbales qu'il leur en a faites et réitérées. Telles sont les dispositions de l'art. 7. (M. Guyot.) *

[[On verra aux mots *Officiers des ports*, par qui s'exercent aujourd'hui les fonctions de Maître de quai.]]

[[MAITRE DES COMPTES. *V.* la loi du 16 septembre 1807, rapportée au tom. 3, pag. 862.]]

* MAITRE DES PONTS ET PERTUIS. On donne

Source : BIU Cujas

ce titre à des particuliers préposés sur les rivières pour conduire les bateaux au passage des ponts et pertuis, qui est ordinairement dangereux.

Les six premiers articles du ch. 4 de l'ordonnance du mois de décembre 1672, concernant la juridiction du prévôt des marchands et des échevins de la ville de Paris, détaillent les fonctions et les obligations qu'ont à remplir les Maîtres des ponts et pertuis; voici ce qu'ils portent:

« Art. 1. Enjoint aux Maîtres des ponts, chableurs et Maîtres des pertuis, de faire résidence sur les lieux, de travailler en personne, et d'avoir, à cet effet, flettes, cordes et autres équipages nécessaires pour passer les bateaux sous lesdits ponts et par les pertuis avec la diligence requise; faute de quoi, et en cas de retard, seront lesdits Maîtres des ponts et pertuis, et chableurs, tenus des dommages et intérêts des marchands et voituriers, même demeureront responsables de la perte des bateaux et marchandises, naufrages arrivant auxdits ponts et pertuis, faute de bon travail.

» 2. Défenses à tous marchands ou voituriers, sous quelque prétexte que ce soit, de passer eux-mêmes les bateaux sous les ponts ou par lesdits pertuis où il y a des Maîtres établis, à peine de 100 livres d'amende; et seront les marchands et voituriers tenus s'arrêter aux garres ordinaires, et d'avertir les Maîtres des ponts, lesquels seront tenus passer lesdits bateaux suivant l'ordre de leur arrivée, sans user de préférence, à peine des dommages et intérêts des marchands et voituriers, et d'amende arbitraire.

» 3. Ne sera loisible aux Maîtres des ponts, pertuis ou chableurs, de faire commerce sur la rivière, entreprendre voiture, ni tenir taverne, cabaret ou hôtellerie sur les lieux, à peine d'amende pour la première fois, et d'interdiction de leurs charges en cas de récidive.

» 4. Seront les droits attribués aux Maîtres des ponts, pertuis et chableurs, inscrits sur une plaque de fer-blanc, laquelle sera posée au lieu le plus éminent des ports et garres ordinaires.

» 5. Seront tous les Maîtres des ponts et chableurs tenus de dénoncer aux prévôts des marchands et échevins, les entreprises qui seront faites sur les rivières, par constructions de moulin, pertuis, garres, et autres ouvrages qui pourraient empêcher la navigation.

» 6. Enjoint aux aides des Maîtres des ponts de faire résidence actuelle au lieu de leurs établissemens, et d'obéir ponctuellement aux ordres qui leur seront donnés par les Maîtres des ponts, à peine de demeurer responsables de toutes pertes causées par leur désobéissance; et seront tenus pareillement de dénoncer auxdits prévôts des marchands et échevins, les entreprises faites sur les rivières ».

L'art. 46 du tit. 27 de l'ordonnance des eaux et forêts de 1669 porte que, « s'il arrive quelque différend pour raison des salaires des Maîtres des ponts et gardes des pertuis, portes et écluses des rivières navigables et flottables, ils seront réglés par les grands Maîtres ou les officiers des maîtrises, les marchands et autres préalablement ouïs, si besoin est; et ce qui sera par eux ordonné, sera exécuté par provision et sans préjudice de l'appel ». (M. Guyot.) *

[[Aujourd'hui, ces différends sont jugés par les préfets, et à Paris, par le préfet de police.]]

A qui de l'autorité administrative ou du pouvoir judiciaire, appartient la connaissance des demandes en réparation des dommages causés aux bateaux par le fait des Maîtres des ponts?

Le sieur Allaine, propriétaire du bateau *la ville de Lyon*, avait payé, le 14 floréal an 13, aux sieurs Passerat et Blin, Maîtres des ponts de Paris, les droits dus pour le lâchage et le remontage de ce bateau. Cependant ce bateau n'avait été ni lâché ni remonté par les sieurs Passerat et Blin; et de là était résulté la perte du bateau même.

Le sieur Allaine s'est pourvu devant le tribunal de première instance du département de la Seine, qui, par jugement du 11 juin 1806, a condamné les sieurs Passerat et Blin à lui payer 8050 fr. pour la valeur de son bateau.

Les sieurs Passerat et Blin ont appelé de ce jugement; mais pendant que la cause s'instruisait devant la cour d'appel de Paris, le préfet de police l'a revendiquée par un arrêté du 6 août suivant.

Le 23 octobre de la même année, la commission du contentieux, se fondant sur l'art. 6 d'un règlement du ministre de l'intérieur, du 16 pluviose an 11, lequel porte que les chefs des ponts qui auront causé du dommage à des particuliers, seront traduits devant les tribunaux, a donné son avis pour la décision du conflit en faveur de la cour d'appel.

Mais cet objet ayant été soumis au conseil d'état le 15 novembre 1806, le conseil a considéré que le règlement cité n'était applicable qu'au cas où les préposés au lâchage et remontage avaient causé du dommage au bateau par leur fait personnel; que dans l'espèce, les sieurs Passerat et Blin ne s'étaient refusés à lâcher et remonter le bateau *la ville de Lyon*, que parcequ'ils en avaient été empêchés par un ordre émané de l'inspecteur de la navigation; et que cet ordre étant un acte administratif, il n'appartenait pas aux tribunaux de connaître de ses résultats.

En conséquence, il a été décidé que les parties devaient être renvoyées devant le conseil de préfecture du département de la Seine, présidé par le préfet de police; et cette décision a été approuvée par l'Empereur le 12 décembre suivant.]]

[[MAITRE DE POSTE. *V. Poste.*]]

* MAITRE DES REQUETES. C'est un magistrat ainsi appelé, parcequ'il rapporte au conseil du roi les requêtes qui y sont présentées.

Il serait difficile de fixer l'époque de l'établissement des Maîtres des requêtes. Quelques auteurs

Source : BIU Cujas

les font remonter jusqu'à Charlemagne, et leur appliquent la dénomination de *missi dominici*, qu'on trouve dans les capitulaires de ce prince. En effet, il paraît qu'elle ne peut convenir qu'aux magistrat qu'on a depuis appelés *Maitres des requêtes*. Au reste, il est constant qu'ils existaient long-temps avant que les parlemens fussent sédentaires, et que le souverain les chargeait des fonctions les plus importantes, telles que de parcourir les provinces, pour y écouter les plaintes des peuples, veiller à la conservation des domaines, à la perception et répartition des impôts; avoir inspection sur les juges ordinaires; recevoir les requêtes qui leur étaient présentées; les expédier sur-le-champ, quand elles ne concernaient que des objets de peu de conséquence, et les renvoyer au roi, lorsque l'importance de la matière l'exigeait.

Plusieurs d'entre eux suivaient toujours la cour: les uns servaient au parlement lorsqu'il était assemblé; et, dans l'intervalle d'un parlement à l'autre, ils expédiaient les affaires qui requéraient célérité: les autres répondaient les requêtes à la porte du palais, et c'est pour cela qu'on les a souvent appelés juges de la porte, ou des plaids de la porte. En effet, dans ces temps reculés, les rois étaient dans l'usage d'envoyer quelques personnes de leur conseil recevoir et expédier les requêtes à la porte de leur palais; souvent même ils s'y rendaient avec eux pour rendre justice à leurs sujets. On voit dans Joinville que cette coutume était en vigueur du temps de saint Louis, et que ce prince ne dédaignait pas d'exercer lui-même cette auguste fonction de la royauté: *souventes fois*, dit cet auteur, *le roi nous envoyait les sires de Nesle, de Soissons et moi, ouïr les plaids de la porte, et puis il nous envoyait quérir, et nous demandait comme tout se portait, et s'il y avait aucuns qu'on ne pût dépêcher sans lui: plusieurs fois, suivant notre rapport, il envoyait quérir les plaidoyans, et les contentait, les mettant en raison et droiture.* On voit dans ce passage, que Joinville lui-même était juge de la porte, ou du moins qu'il en faisait les fonctions.

Enfin, sous Philippe de Valois, le nom de Maîtres des requêtes de l'hôtel du roi, leur est seul demeuré, tant parcequ'ils connaissaient spécialement des causes des domestiques et commens aux de la maison du roi, que parceque c'était dans le palais même qu'ils exerçaient leur juridiction. Le premier monument où on les trouve ainsi qualifiés, est une ordonnance de 1345.

Le nombre des Maîtres des requêtes a fort varié. Il paraît par une ordonnance de 1285, qu'ils n'étaient pour lors que trois.

Philippe-le-Bel, par une ordonnance de 1289, porta leur nombre jusqu'à six, dont deux seulement devaient suivre la cour, et les quatre autres servir en parlement. Au commencement du règne de François Ier, ils n'étaient que huit, et ce prince eut bien de la peine à en faire un neuvième en 1522: mais dès l'année suivante, il créa trois charges nouvelles; et depuis, ce n'a plus été qu'une suite continuelle de créations et de suppressions, dont il serait inutile de suivre le détail. Il suffit de savoir que, malgré les représentations du corps et les remontrances des parlemens, qui se sont toujours opposés aux nouvelles créations, les charges de Maîtres des requêtes s'étaient multipliées jusqu'à quatre-vingt-huit, et que, par la dernière suppression de 1751, elles ont été réduites à quatre-vingt.

Il paraît que l'état des Maîtres des requêtes était de la plus grande distinction; et qu'étant attachés à la cour, on les regardait autant comme des courtisans, que comme des magistrats; il y a même lieu de penser qu'ils n'ont pas toujours été de robe longue.

Les fonctions des Maîtres des requêtes se rapportent à trois objets principaux: le service du conseil, celui des requêtes de l'hôtel, et les commissions extraordinaires du conseil.

Ils forment, avec les conseillers d'état, le conseil privé de sa majesté, que tient M. le chancelier. Ils y sont chargés de l'instruction et du rapport de toutes les affaires qui y sont portées; ils y assistent et y rapportent debout, à l'exception du doyen, qui est assis, et qui rapporte couvert.

Ils sont au contraire tous assis à la direction des finances; la raison de cette différence vient de ce que le roi est réputé présent au conseil, et non à la direction. Ils entrent aussi au conseil des dépêches et à celui des finances, lorsqu'ils se trouvent chargés d'affaires de nature à y être rapportées devant le roi, et ils y rapportent debout à côté du roi.

Le service des Maîtres des requêtes au conseil était autrefois divisé par trimestre: ce n'est que depuis le règlement de 1671, qu'ils y servent également toute l'année; mais, à l'exception des requêtes en cassation et des redistributions, ils n'ont part à la distribution des instances que pendant leur quartier. Cette distinction de quartier s'est conservée aux requêtes de l'hôtel, tribunal composé uniquement de Maîtres des requêtes.

Ils servent aussi dans les commissions qu'il plaît au roi d'établir à la suite de son conseil, et ce sont eux qui y instruisent et rapportent les affaires.

L'assistance au sceau fait encore partie des fonctions des Maîtres des requêtes; il y en a toujours deux qui y sont de service pendant leur quartier aux requêtes de l'hôtel; mais quand sa majesté le tient en personne, elle en nomme six au commencement de chaque quartier, pour y venir pendant ce quartier, conjointement avec six conseillers d'état qui forment avec eux un conseil pour le sceau. Ils y assistent en robe, debout aux deux côtés du fauteuil du roi; et ils sont pareillement de l'assemblée qui se tient alors chez l'ancien des conseillers d'état, pour l'examen des lettres de grace et des autres expéditions qui doivent être présentées au sceau.

Source : BIU Cujas

La garde des sceaux de toutes les chancelleries de France leur appartient de droit. Le sceau de la chancellerie de Paris est tenu aux requêtes de l'hôtel par le doyen des Maîtres des requêtes, le premier mois de chaque quartier, et le reste de l'année, par les doyens des quartiers, chacun pendant les deux derniers mois de son trimestre.

Les Maîtres des requêtes sont membres du parlement, et ils y sont reçus; c'est en cette qualité qu'ils ont le droit de ne pouvoir être jugés que par les chambres assemblées; et ils ne peuvent l'être, ni même décrétés par aucun autre parlement que celui de Paris. En 1517, le parlement de Rouen ayant décrété un Maître des requêtes, l'arrêt fut cassé et lacéré, et le premier président décrété.

Autrefois, les Maîtres des requêtes siégeaient au parlement sans limitation du nombre; mais, dans la suite, les charges s'étant fort multipliées, le parlement demanda que le nombre de ceux qui pourraient y avoir entrée à la fois, fût fixé. Ces remontrances eurent leur effet vers 1600; il fut réglé qu'il ne pourrait y avoir que quatre Maîtres des requêtes à la fois au parlement, et cet usage a toujours été observé depuis.

Ils ont pareillement séance dans les autres parlemens du royaume; leur place est au-dessus du doyen de la compagnie.

Dans les cérémonies publiques, telles que le *Te Deum*, les Maîtres des requêtes n'assistent point en corps de cour; mais quatre d'entre eux y vont avec le parlement, et deux y sont à coté du priedieu du roi, lorsqu'il y vient; d'autres enfin y accompagnent le chancelier et le garde des sceaux, suivant qu'ils y sont invités par eux, et ordinairement au nombre de huit: ils y prennent place après les conseillers d'état.

Le doyen des Maîtres des requêtes est conseiller d'état ordinaire né; il en a les appointemens, et siége en cette qualité au conseil toute l'année: les doyens de quartier jouissent de la même prérogative, mais pendant leur trimestre seulement.

Les Maîtres des requêtes ont pour habit de cérémonie une robe de soie, avec le rabat plissé; à la cour, ils portent le petit manteau ou le grand, lorsque le roi reçoit des révérences de la cour pour les pertes qui lui sont arrivées. Ils ne prennent la robe que pour entrer au conseil, ou pour le service des requêtes de l'hôtel ou du palais. (M. Guyot.) *

[[Les fonctions des Maîtres des requêtes avaient été supprimées avec l'ancien conseil d'état, par la loi du 27 septembre-1er décembre 1790. *V. Conseil du roi.*

Mais elles sont rétablies et organisées en ces termes par le décret impérial du 11 juin 1806:

« *Art.* 4. Il y aura au conseil d'état des Maîtres des requêtes dont les fonctions sont ci-après déterminées.

» 5. Les Maîtres des requêtes sont distribués en service ordinaire et en service extraordinaire, suivant la liste qui sera par nous arrêtée le premier de chaque trimestre.

» 6. Les Maîtres des requêtes prendront séance au conseil d'état après les conseillers d'état.

» 7. Ils feront le rapport de toutes les affaires contentieuses sur lesquelles le conseil d'état prononce de quelque manière qu'il en soit saisi, à l'exception de celles qui concernent la liquidation de la dette publique et les domaines nationaux, dont les rapports continueront d'être faits par les conseillers d'état chargés de ces deux parties d'administration publique.

» 8. Les Maîtres des requêtes pourront prendre part à la discussion de toutes les affaires qui seront portées à notre conseil d'état. — Dans les affaires contentieuses, la voix du rapporteur sera comptée.

» 9. Les Maîtres des requêtes auront pour costume l'habit bleu, avec les broderies pareilles à celles des conseillers d'état. — Ceux qui seront en activité, auront un traitement équivalent au cinquième de celui des conseillers d'état.

» 10. Les fonctions des Maîtres des requêtes seront compatibles avec toutes autres fonctions qui leur auraient été ou qui leur seraient par nous conférées. »]]

MAITRE-ÈS-ARTS. *V. Université.*

MAITRISE D'ARTS ET MÉTIERS. *V. Corps d'Arts et Métiers.*

* MAITRISE PARTICULIÈRE DES EAUX ET FORÊTS. C'est une juridiction qui connaît en première instance de ce qui a rapport aux bois, aux rivières, à la chasse, à la pêche, etc., tant au civil qu'au criminel.

Les officiers des Maîtrises ont succédé aux fonctions qu'exerçaient sur les eaux et forêts les baillis et les sénéchaux.

Les anciennes ordonnances avaient défendu de vendre les places des officiers des Maîtrises; mais un édit du mois de février 1544 les a érigées en titre d'office, et les a rendues vénales.

Les officiers des Maîtrises s'étant trouvés trop multipliés, le nombre en fut réduit dans chacune par un édit d'avril 1667, à un maître particulier, un lieutenant, un procureur du roi, un garde-marteau, un greffier, un arpenteur et un certain nombre de sergens à garde. (M. Guyot.) *

[[Ces juridictions sont supprimées. *V. Forêts*, n. 7.]]

MAJORAT. C'est un fidéicommis graduel, successif, perpétuel, indivisible, fait par le testateur dans la vue de conserver le nom, les armes et la splendeur de sa maison, et destiné à toujours pour l'aîné de sa famille. La dénomination de *Majorat* lui vient de ce qu'il est destiné à ceux qui sont *natu-majores*.

§. I. *Notions générales sur les Majorats. — Lois et maximes espagnoles relatives à cette matière. — [[Changemens faits à ces lois et à ces maximes par la constitution d'Espagne décrétée à Bayonne le 6 juillet 1808.]]*

I. Il y a deux sortes de Majorats: — L'un, qui

Source : BIU Cujas

appelle au fidéicommis l'*aîné plus prochain* du dernier possesseur des biens, suivant l'ordre des successions légitimes, et qui, par cette raison, se nomme *Majorat régulier*; — L'autre, qui appelle au fidéicommis l'*aîné quel qu'il soit*, encore que cet aîné ne soit pas le plus prochain du dernier possesseur. Il se nomme *Majorat irrégulier*, parcequ'il saute d'une ligne à l'autre pour aller chercher l'aîné contre l'ordre des successions légitimes. On l'appelle encore par cette raison *Majorat saltuaire*. — C'est ainsi que s'explique Jean Torre, dans son traité des Majorats d'Italie, ch. 6, n. 3, 17, 20 et 22.

II. Les Majorats ne viennent point des Romains: ces sortes de substitutions en faveur des aînés ne paraissent point avoir été pratiquées chez eux.

L'usage s'en introduisit en Italie, dans le temps que les rois de France, Pepin et Charlemagne, s'emparèrent de cette contrée. (Jean Torre, *loc. cit.*, *cap.* 1, n. 72.)

Depuis, on imagina en Espagne une espèce particulière de Majorat, toute différente des Majorats d'Italie. (*Ibid.*)

En effet, dans les Majorats d'Espagne, ce n'est point l'aîné plus prochain du dernier possesseur, qui vient au fidéicommis, mais bien l'aîné de la branche, c'est-à-dire, le représentant de l'aîné qui aurait recueilli, s'il eût vécu.

Cela est ainsi réglé par quelques unes des lois faites dans le cortès de Toro, sous la reine Jeanne, en 1505: suivant ces lois, la représentation à l'infini a lieu dans les Majorats.

Ces lois, et, à leur défaut, celles que le roi Alphonse fit en 1521, pour régler la succession à la couronne, qui est un Majorat, forment tout le code de l'Espagne sur cette matière.

Et il est à remarquer que le testateur peut y déroger. C'est même la décision expresse des lois de Toro.

Ainsi, la première chose que l'on doit faire, lorsqu'il s'agit de savoir à qui doit être déféré un Majorat, c'est de consulter le titre qui l'a établi.

Lorsqu'il n'y a dans ce titre aucune disposition particulière, les descendans et même les collatéraux descendans d'une souche commune, soit de l'agnation, soit de la cognation du testateur, sont appelés à l'infini, chacun en son rang, pour recueillir le Majorat, sans aucune préférence des mâles sur les femelles.

III. Molina, *de Hispanorum primogeniorum origine ac naturâ*, liv. 1, ch. 8, établit sur les Majorats d'Espagne, quelques principes dont il est bon d'avoir une idée.

Au n° 13, il assure que le Majorat a, de sa nature, une durée perpétuelle et infinie, à moins qu'il ne soit restreint par la disposition à certaines personnes ou à certains degrés.

Au n° 14, il dit que celui qui fonde un Majorat, est censé faire toutes les substitutions nécessaires pour en assurer la durée à perpétuité.

Au n° 16, il établit que le seul mot *Majorat*, employé par le testateur, renferme toutes les substitutions qu'il aurait fallu faire pour lui donner un progrès à l'infini.

Il va encore plus loin, au n° 17, et il dit que le Majorat ne finit pas par la défaillance de ceux qui y sont nommément appelés, et qu'il doit être continué à ceux de la famille, quoiqu'il n'y ait pas de vocation expresse en leur faveur.

Au n° 21, il répète que l'expression du mot *Majorat* emporte toutes les substitutions nécessaires, quoique non exprimées.

La différence qu'il met au n° 22, entre la simple prohibition d'aliéner et le Majorat, est encore bien remarquable. L'une, dit-il, est uniquement dirigée contre les personnes; et il est de la nature de l'autre d'imprimer aux biens la qualité d'inaliénables. C'est ce qu'il appuie du sentiment de tous les auteurs espagnols qui en ont parlé.

Au n° 25, il met encore une différence entre le fidéicommis ordinaire et le Majorat, en ce que l'on doute si le premier peut s'étendre d'une personne à une autre, au lieu qu'on n'en doit pas douter à l'égard du second.

Il ajoute à cette différence, n° 30, que, quoique la simple prohibition d'aliéner hors de la famille soit bornée au quatrième degré, si le testateur n'a marqué qu'il voulait la rendre perpétuelle, cette perpétuité est de droit à l'égard du Majorat, suivant l'avis uniforme des auteurs espagnols qu'il cite.

Au n° 31, après avoir formé le doute si le Majorat fait en faveur d'une seule personne et de ses descendans, doit finir au dernier des descendans, il prend le parti de la négative.

Suivant le même auteur, n° 35, quand le testateur aurait dit simplement qu'il laisse ses biens à deux personnes qu'il nomme, pour les posséder perpétuellement à titre de Majorat, ses biens se transmettraient successivement à tous ceux qui seraient de la famille.

Enfin, pour ne laisser aucun doute sur la perpétuité infinie du Majorat, il examine de nouveau la question au n° 37, relativement au cas où le testateur a institué le Majorat pour son fils et ses descendans. Il n'estime pas qu'il soit possible de douter, quand le Majorat est institué pour un collatéral et ses descendans, qu'il ne doive être successivement transmis à tous ceux de la famille, et même, aux collatéraux du testateur ou de l'institué, tant du côté paternel que du côté maternel. Mais à l'égard de l'autre cas qui semble plus difficile, en ce que le Majorat paraît limité à la ligne directe du testateur, non seulement il décide que le Majorat doit se perpétuer aux collatéraux du testateur de l'un et de l'autre côté; mais au n° 42, supposant un Majorat institué pour un étranger de la famille et ses descendans, il tient qu'après le dernier des descendans, ce Majorat doit se perpétuer dans la ligne collatérale de l'institué.

Il est au surplus à remarquer qu'en Espagne, il

Source : BIU Cujas

n'est pas nécessaire, pour établir un Majorat, d'y être autorisé par le prince. Sa permission n'est requise que pour fonder un Majorat de dignité.

[[IV. La constitution d'Espagne, décrétée à Bayonne le 6 juillet 1808, apporte de grands changemens à cette partie de la jurisprudence espagnole. Voici ses termes :

« *Art.* 135, Tout fidéicommis, Majorat ou substitution actuellement existant, qui ne produira pas un revenu annuel de 5,000 piastres fortes, soit par lui-même, soit par la réunion de plusieurs fidéicommis, Majorats ou substitutions sur la même tête, est aboli. — Le possesseur actuel continuera à jouir des biens desdits fidéicommis, Majorats ou substitutions, lesquels biens rentrent dans la classe des biens libres.

» 136. Tout possesseur de biens provenans d'un fidéicommis, Majorat ou substitution actuellement existant, et produisant un revenu annuel de plus de 5,000 piastres fortes, pourra demander, s'il le juge convenable, que lesdits biens rentrent dans la classe des biens libres. L'autorisation nécessaire à cet effet lui sera accordée par un acte émané du roi.

» 137. Tout fidéicommis, Majorat ou substitution actuellement existant, qui produira, soit par lui-même, soit par la réunion de plusieurs fideicommis, Majorats ou substitutions sur la même tête, un revenu annuel de 20,000 piastres fortes, sera réduit à un capital produisant net ladite somme. Les biens excédant ledit capital, rentreront dans la classe des biens libres, et continueront à être possédés par le possesseur actuel.

» 138. Il sera statué dans le délai d'un an, par un édit ou règlement du roi, sur le mode d'exécution des dispositions des trois articles ci-dessus.

» 139. A l'avenir, aucun fidéicommis, Majorat ou substitution, ne pourra être institué qu'en vertu de lettres-patentes accordées par le roi, pour services rendus, et dans la vue de perpétuer en dignité des familles ayant bien mérité de l'Etat. — Le revenu desdits fidéicommis, Majorats et substitutions, ne pourra, dans aucun cas, excéder 20,000 piastres fortes, ni être moindre de 5,000 ».]]

§. II. *Quelle est, sur les Majorats, la jurisprudence des provinces de France qui ont autrefois appartenu à l'Espagne ?*

Il y a en France quatre provinces, savoir, le Roussillon, la Flandre, l'Artois et la Franche-Comté, où les Majorats ont été usités, et où l'on faisait autrefois des substitutions expressément qualifiées de *Majorats*.

Cet usage s'est maintenu dans le Roussillon jusqu'à la publication de l'ordonnance des substitutions du mois d'août 1747. Avant cette époque, est-il dit dans la réponse du conseil souverain de Perpignan, à la septième question de M. le chancelier d'Aguesseau sur les substitutions, « les ordonnances qui ont réglé la durée des substitutions n'avaient jamais été exécutées en Roussillon où elles n'avaient pas été envoyées ni enregistrées, la province n'ayant été unie à la couronne par le traité des Pyrénées, que près d'un siècle après la promulgation de ces lois : ainsi, les substitutions à l'infini y ont toujours été reçues par une jurisprudence constante et invariable du conseil souverain, tout comme elles étaient reçues dans le royaume avant l'ordonnance d'Orléans de 1560 ».

A l'égard de la Flandre, de l'Artois et de la Franche-Comté, quoique ces provinces tinssent de l'Espagne qui les avait possédées pendant quelque temps, l'usage des Majorats, quoique même les substitutions perpétuelles y aient été permises, savoir, en Flandre et en Artois jusqu'en 1611, et en Franche-Comté jusqu'en 1747 (*V. Substitution fidéicommissaire*, sect. 10, §. 4.), on n'y a pourtant jamais suivi les principes espagnols sur cette matière, et l'on y a toujours jugé ces sortes de substitutions par les mêmes maximes que les autres.

Nous avons là-dessus trois arrêts remarquables.

Le premier a été rendu au parlement de Flandre, le 5 avril 1702 : Des Jaunaux qui le rapporte, tom. 3, §. 12, lui donne le sommaire suivant : *un seigneur particulier ne peut pas ériger ses biens en Majorat perpétuel, sans l'autorité du prince ;* et il ajoute que cette question fut ainsi décidée par l'arrêt dont il s'agit. — Nous voyons, à la vérité, par le détail des circonstances de cet arrêt, qu'il y avait en faveur de la partie qui l'a obtenu, d'autres moyens également capables de la faire triompher ; mais Des Jaunaux ne peut pas s'être mépris sur le motif qui a déterminé la cour. Quoiqu'il ne dise pas avoir assisté au jugement de l'affaire, il avait avec ses collègues des relations assez intimes pour connaître d'une manière certaine le motif qui les avait déterminés.

Le second arrêt est intervenu au parlement de Paris le 25 janvier 1722 ; il serait trop long d'en rapporter ici l'espèce ; on la trouvera bien détaillée dans le tome 7 du Journal des audiences. C'est assez d'avertir qu'il s'agissait d'une disposition par laquelle Ferdinand de Rye, archevêque de Besançon, avait, en 1636, substitué plusieurs terres considérables qu'il possédait dans le comté de Bourgogne ; et que par l'arrêt il a été jugé, suivant le rédacteur du recueil cité, 1° que les lois des Majorats rédigées à Toro en 1505, sont particulières à l'Espagne, et ne s'étendent point aux Etats régis par d'autres coutumes, lois ou ordonnances ; 2° que le terme de *Majorat*, quoique répété plusieurs fois avec ceux de *substitution* et *fidécommis*, dans un testament fait à Dôle en Franche-Comté, lors même que cette province était possédée par les rois d'Espagne, n'a pu assujettir ce testament aux règles établies pour les Majorats espagnols.

L'espèce du troisième demande plus de détails, parcequ'elle n'est rapportée dans aucun recueil.

La terre de Raches, près de Douai, a été érigée en comté par des lettres-patentes du roi d'Espagne,

Source : BIU Cujas

du 16 décembre 1665, qui, en même temps, y ont uni et annexé la terre de Boubers, près d'Hesdin, en faveur d'Eugène de Berghes, *ses hoirs et successeurs, mâles et femelles.* — D'autres lettres-patentes, du 30 décembre 1681, ont érigé le comté de Raches en principauté, avec faculté à Eugène de Berghes de décorer de ce titre telle terre que bon lui semblerait, à laquelle il pourrait, ainsi que ses successeurs, unir et incorporer par la suite toute autre terre et seigneurie. Cette érection était faite également pour Eugène de Berghes, ses hoirs et successeurs, *mâles et femelles.* L'indivisibilité des terres qui formeraient la principauté, était établie par ces lettres-patentes; le partage et l'aliénation de quelque portion que ce pût être, était défendue. — Eugène de Berghes mourut sans avoir désigné la terre qui devait être possédée par lui et par ses successeurs sous le titre de *principauté de Raches.* — Il eut pour héritier Charles-Alexandre de Berghes, son frère. La fille de celui-ci, nommée Marie-Françoise de Berghes, épousa Philippe-Ignace de Berghes, seigneur d'Olhain, son cousin. Au mois d'avril 1701, les deux époux obtinrent de Louis XIV des lettres-patentes, qui, en confirmant celles du roi d'Espagne de 1681, unirent la terre de Boubers à celles de Raches, et les érigèrent en *titre, nom et qualité de principauté de Raches*, au profit des héritiers et successeurs, *mâles et femelles des impétrans nés et à naître en loyal mariage.* — Ces lettres-patentes ont été enregistrées dans tous les tribunaux de la situation des terres. — Du mariage de Philippe-Françoise de Berghes, naquit une fille, nommée Marie-Josephe-Isabelle de Berghes, qui, ayant réuni sur sa tête tous les biens de la maison de Raches, épousa, en 1715, Jean-Joseph de Berghes, son oncle paternel. — En 1729, le 25 février, le mari et la femme ont fait un testament conjonctif qui mérite une attention particulière. Ils avaient alors trois fils et quatre filles. — Les deux testateurs exposent d'abord que la baronnie de Boubers a été réunie à la principauté de Raches par les lettres-patentes de 1701. Ils veulent que les terres et seigneuries de Fortel et Ligny, qu'ils venaient d'acquérir, y soient réunies de même. Ils chargent le tout d'une substitution *graduelle et perpétuelle, sous le nom, titres et armes de Berghes, prince de Raches.* Ils instituent leur fils aîné héritier universel de tous leurs immeubles, avec charge de substitution en faveur de tous leurs descendans mâles d'aîné en aîné : à défaut de l'enfant mâle de l'aîné, les cadets sont appelés, mais toujours avec préference de l'aîné d'entre eux; « en telle façon et manière que lesdites terres ne puissent jamais être aucunement divisées, vendues, engagées, chargées, aliénées ni transportées; mais demeurent toujours entre les mains desdits aînés et mâles descendans d'eux d'aîné en aîné par l'ordre susdit ». Les testateurs prévoient le cas où leur postérité masculine viendrait à manquer. Alors, ils chargent celle des filles d'un de leurs fils qui sera dans le cas de recueillir la principauté, de faire poter par son mari *le nom et les armes de Berghes, prince de Raches, et de la substitution masculine ci-devant stipulée aussi avant qu'elle pourra avoir lieu.* Enfin, ils ordonnent qu'il sera sollicité des lettres-patentes pour la perpétuité du fidéicommis qu'ils établissent. — Ces lettres-patentes ont été accordées au mois de décembre 1731 : elles confirment la substitution masculine, graduelle et perpétuelle en faveur des enfans et descendans mâles et femelles « nés et à naître en loyal mariage des testateurs, et suivant le degré de primogéniture, dans la propriété, possession et jouissance de la principauté de Raches..... Voulant (dit Louis XV), qu'au defaut d'enfans et descendans mâles, ladite substitution ait lieu en faveur de la fille qui se trouvera la plus proche, à la charge toutefois à celui auquel elle sera mariée, de prendre et porter le nom et les armes de Berghes et non autrement, conformément audit testament et à la substitution y portées, laquelle nous entendons être exécutée et observée en toutes les charges, clauses et conditions, tant et si long-temps qu'il subsistera des enfans descendans mâles et femelles des testateurs ». — Ces lettres-patentes et le testament de 1729, ont été enregistrées dans tous les tribunaux des lieux où les biens étaient situés. — Les trois fils des testateurs sont morts sans enfans. Le dernier avait épousé, en 1761, Marie-Magdelaine-Ignace-Guislaine de Berghes; et par son contrat de mariage, il lui avait fait donation de la principauté de Raches, à charge de substitution envers le vicomte et le marquis de Berghes, ses frères, et, comme elle, cousins du donateur. — Le marquis de Houchin, fils de l'une des quatre filles des auteurs du testament de 1729, a prétendu que cette donation était nulle, parceque, suivant lui, la substitution établie par le testament conjonctif de 1729, et confirmée par les lettres-patentes de 1731, appelait les filles des testateurs à défaut de leurs fils, et que par conséquent il se trouvait, du chef de sa mère, dans le véritable degré de vocation. — La dame veuve princesse de Raches, donataire, et le vicomte de Berghes, son substitué, ont répondu que le testament de 1729 appelait bien les filles des fils des testateurs, mais qu'il ne faisait nulle mention des filles des testateurs mêmes; que les lettres-patentes de 1731 ne pouvaient pas être entendues dans un autre sens que l'acte dont elles ordonnaient l'exécution; qu'ainsi, le marquis d'Houchin n'était pas appelé; et que dès-là, il avait été libre au dernier prince de Raches de disposer en leur faveur. — Vaincu par cette réponse, le marquis de Houchin a cherché dans les principes sur les Majorats, des moyens qu'il ne trouvait pas dans le texte littéral du testament. Il a dit : — l'intention des testateurs a été de faire un Majorat : c'est l'esprit de leur testament : on y établit un fidéicommis graduel, successif, perpétuel et indivisible : or, voilà les véritables caractères du *Majorat.* D'ailleurs, le terme de *Majorat* se trouve en toutes lettres dans le contrat

Source : BIU Cujas

de mariage de ma mère, l'une de leurs filles, en date du 26 novembre 1736 : son père y stipule que « si elle, ses enfans ou descendans venaient à atteindre la part et portion de biens réglée et établie en faveur de l'aîné de la maison par *le Majorat contenu au testament conjonctif*, en ce cas ils seront tenus de laisser suivre aux cadets ou leurs descendans la moitié de la rente partagère assignée à la mariante, etc. ». Or, dans les Majorats, il est de principe que la vocation de certaines personnes n'est pas limitative; elle donne bien la préférence à ceux qui sont nommés sur ceux qui ne le sont pas, mais ces derniers viennent en leur rang après ceux qui sont appelés nommément. — Ce moyen n'a pas fait plus d'impression que les autres raisons employées par le marquis de Houchin. — Par arrêt rendu à la grand'chambre du parlement de Paris, le 1er février 1768, sur les conclusions de M. l'avocat général de Barentin, plaidant Doillot, Tarjet et Goujon, la sentence du conseil provincial d'Artois qui avait appointé les parties en droit, a été infirmée, le principal évoqué, le marquis de Houchin débouté de ses demandes, et la donation de 1761 confirmée.

[[Les Majorats qui, dans les ci-devant provinces dont il s'agit, ne valaient que comme substitutions fidéicommissaires, et étaient, comme tels, limités à trois degrés par l'ordonnance de 1747, ont été abolis par la loi du 14 novembre 1792. *V. Substitution fidéicommissaire, sect.* 1, §. 13.]]

§. III. *Les maximes espagnoles sur les Majorats sont-elles applicables à une disposition par laquelle un Français, autorisé à asseoir une grandesse d'Espagne sur une terre située en France, a donné cette terre à son fils aîné, avec substitution à l'infini dans sa descendance? — Existe-t-il en France des Majorats proprement dits?* [[*— Changemens faits à cet égard aux anciennes lois par celle du 4 août* 1789.]]

I. Le duc de Saint-Simon fut fait grand d'Espagne de la première classe en 1723 : il obtint, par un brevet de S. M. catholique, la permission d'asseoir sa grandesse sur une terre située en France. — Le même brevet lui permettait d'ériger sa grandesse en *Majorat*, et de changer, modifier, révoquer même cette substitution pendant sa vie et à l'instant de sa mort conformément aux lois d'Espagne. — Postérieurement à ce brevet, le duc de Saint-Simon appela à la dignité de grand d'Espagne son second fils, le marquis de Ruffec. — Depuis, il annexa cette grandesse au comté de Rasse, qu'il donna au marquis de Ruffec par donation entre-vifs du 4 mai 1728, avec substitution à l'infini dans la descendance masculine et féminine du donateur. — En 1751, le duc de Saint-Simon ayant perdu son fils, qui n'avait laissé qu'une fille, fit un testament par lequel il appela à la substitution créée en 1728, pour le comté de Rasse, le marquis de Saint-Simon, son parent collatéral, en lui enjoignant, en cas d'ouverture de cette substitution, de payer à l'héritier du sang la valeur du comté de Rasse, sur le pied du denier vingt-cinq, conformément à ce qui était réglé pour les duchés-pairies par l'édit de 1711. — Le duc de Saint-Simon est mort depuis, ne laissant pour héritière que la comtesse de Valentinois sa petite-fille : elle jouissait du comté de Rasse, en vertu de la vocation portée dans l'acte de donation du 4 mai 1728; et aux termes de cet acte, elle était la dernière appelée à la substitution. — La comtesse de Valentinois est morte sans postérité en 1775 : elle a fait la maréchale de Fitz-James sa légataire universelle, et l'a grevée au profit de ses enfans. Il faut observer qu'un an avant sa mort, elle avait vendu au roi le comté de Rasse. — Les choses en cet état, le marquis de Saint-Simon a formé contre la maréchale de Fitz-James, une demande tendante à ce que, attendu que le comté de Rasse ne se trouvait pas dans la succession de la comtesse de Valentinois, et qu'il ne pouvait pas en faire le retrait, conformément au testament du duc de Saint-Simon, la maréchale fut condamnée à lui en payer la plus-value au-delà du denier vingt-cinq. — Il a soutenu que le duc de Saint-Simon avait pu disposer de nouveau du comté de Rasse en 1751, nonobstant la disposition déjà faite en 1758, parceque, 1° les lois espagnoles permettent de révoquer, modifier, réformer les Majorats ou substitutions, et qu'il s'agissait d'une terre sur laquelle la grandesse d'Espagne était assise; 2° que les brevets du roi d'Espagne donnés en 1723, lui avaient aussi accordé la faculté de fonder à l'occasion de la grandesse, un Majorat en substitution, qu'il pouvait réformer à son gré, et que le roi de France lui ayant permis, par des lettres-patentes enregistrées, d'accepter ces brevets, ils devaient avoir leur exécution. — Le marquis de Saint-Simon a ajouté qu'au moins la vocation portée en sa faveur dans le testament de 1751, devait valoir comme legs de la chose d'autrui. — La maréchale de Fitz-James a répondu que les lois espagnoles ne pouvaient pas s'appliquer à une terre située en France; que les décrets du roi d'Espagne n'avaient permis de fonder un Majorat que relativement à la grandesse, et non pas à la terre sur laquelle la grandesse serait assise; qu'un prince étranger ne pouvait pas en faire davantage; que l'ordonnance des donations de 1731, et celle des substitutions de 1747, défendaient au duc de Saint-Simon de disposer en 1751, d'un objet dont il était dépouillé depuis 1728; que sa dernière disposition, annullée par ces ordonnances, ne pouvait pas être validée comme legs de la chose d'autrui; et que, dans tous les cas, le marquis de Saint-Simon aurait dû réclamer le comté de Rasse contre le roi qui le possédait. — Par sentence du 31 mai 1776, le châtelet a déclaré le marquis de Saint-Simon non-recevable dans sa demande, et l'a condamné aux dépens. — Le marquis de Saint-Simon a appelé de cette sentence, mais inutilement : elle a été confirmée par arrêt du jeudi 15 mai 1777, sur les conclusions de M. l'avocat général Séguier.

Source : BIU Cujas

II. Il existe en France des biens qui, sans porter le nom de Majorats, en ont cependant le véritable caractère. Ce sont les duchés-pairies, dans le cas où le chef-lieu s'en trouve substitué à perpétuité. Mais on ne suit pas à leur égard les maximes reçues en Espagne pour les Majorats proprement dits : ils ne sont soumis qu'aux dispositions des lois françaises, que nous avons rapportées au mot *Duc*, n. 5.

[[III. Les duchés-pairies ont été détruits avec le régime féodal. *V. Duc*, n. 6.]]

§. IV. *Dispositions des constitutions sardes sur les Majorats.*

V. Primogéniture.

§. V. *Quelle était, sur les Majorats, la jurisprudence des départemens de la rive gauche du Rhin, avant la publication qui y a été faite, depuis leur réunion à la France, de la loi du 14 novembre 1792? — Lorsque, dans ces pays, un Majorat s'éteignait à défaut de descendant ou parent mâle pour le recueillir, à qui appartenaient les biens dont il était composé? pouvaient-ils être réclamés par les plus proches parens du fondateur, à l'exclusion des plus proches parens du dernier possesseur?*

Le 10 décembre 1696, Philippe-Charles, baron de Hochsteden, possédant entre autres biens, la maison seigneuriale de Betgenhausen, située, ainsi que ses dépendances, dans le duché de Juliers, qui fait actuellement partie de l'arrondissement d'Aix-la-Chapelle, département de la Roër, fait un acte par lequel il s'explique ainsi : — « M'étant déterminé à former un fidéicommis valable dans tout l'Empire romain, je l'établis *pour la conservation du nom et de la souche noble de Hochsteden*, dans la meilleure forme de droit : de sorte que, dans le cas où je ne me marierais pas, ou que je me marierais et que je décèderais sans délaisser ou en délaissant des descendans legitimes, je transmets la maison seigneuriale (de Betgenhausen) et dépendances, et les biens et capitaux ci-dessus énoncés, *à mon fils aîné*; ou, s'il n'existe point de fils, *à Jean-Charles, baron de Hochsteden*, fils aîné de mon frère Jean-Adolphe, baron de Hochsteden : de sorte qu'après son décès, les biens et capitaux ci-dessus spécifiés *seront dévolus à l'aîné de ses descendans mâles* et légitimes, et demeureront ensemble et toujours, comme fidéicommis, *au mâle aîné* de Hochsteden, sans *que les héritiers du sexe féminin, tant et si long-temps qu'il existera des descendans mâles* et légitimes de Hochsteden, puissent y former une prétention quelconque, ou établir un droit de succession ».

Par le même acte, Philippe-Charles de Hochsteden ordonne : — 1° Qu'en cas de remboursement des capitaux, l'argent qui en proviendra, sera, le plus tôt possible, employé à l'acquisition de biens héréditaires et seigneuriaux; — 2° Que les biens dépendans du fidéicommis, ne seront chargés d'aucune pension viagère, dot ou autre dette; qu'ils ne pourront être ni hypothéqués, ni partagés, ni aliénés; — 3° Que, dans le cas où *le possesseur temporaire du fidéicommis*, se rendrait coupable de félonie, ou viendrait à se mésallier, ou contreviendrait à sa disposition, il sera entièrement privé des biens fidéicommissés, qui écherront *au plus proche parent mâle* de Hochsteden.

Le 23 mai 1697, contrat de mariage entre Philippe-Charles, et Marie-Anne-Claire de Blanckart. Philippe-Charles y rappelle que, le 10 décembre précédent, il a établi un fidéicommis pour la *conservation du nom et de la race noble de Hochsteden*; et il stipule que ce fidéicommis, s'il ne le change ou ne le révoque pas (selon la faculté qu'il s'en est réservée), aura son effet, en cas qu'il décède sans enfans *mâles*. Il ajoute que, dans le cas où il passerait à de secondes nôces, et qu'il *n'aurait que des filles, et point de fils, les biens fidéicommissés écherront toujours aux plus proches descendans mâles de Hochsteden*. — Une fille, appelée Louise, fut l'unique fruit de ce mariage.

Le 19 octobre 1699, Philippe-Charles fait un testament par lequel il déclare que « sa volonté dernière est qu'au cas où il ne laissera point d'enfans mâles, Jean-Charles de Hochsteden, fils aîné de son frère, et les futurs descendans mâles d'icelui, soient ses seuls héritiers; de sorte toutefois que son fidéicommis, établi le 10 décembre 1696, reste toujours dans cet état, comme il l'a encore ordonné par son contrat de mariage du 23 mai 1697; et qu'en conséquence de ce, sondit neveu Jean-Charles fasse réellement l'adition des biens fidéicommissés; qu'il *les administre et en jouisse* suivant le contenu des dispositions du fidéicommis ». — Par ce même testament, Philippe-Charles lègue à sa fille Louise la maison seigneuriale de Velde avec ses dépendances, les terres de Morken et de Kœnigshoven, et un capital sur la ville de Neuff. — Il meurt le 12 novembre 1699.

Jean-Adolphe, son frère, prend possession de la succession au nom de son fils Jean-Charles mineur.

Entre autres prétentions fondées sur son contrat de mariage et sur le testament dont elle conteste d'ailleurs la validité, la veuve de Philippe-Charles réclame, sa vie durant, l'usufruit des biens fidéicommissés, et renonce à toutes ces prétentions par transaction du 28 janvier 1700, moyennant une somme de 12000 écus d'Empire.

En 1701, elle attaque cette transaction, et forme en même temps, comme tutrice de sa fille, une action en nullité du testament, sur le fondement qu'il n'y a été rien donné à celle-ci par son père, à titre d'institution.

Le 19 mars 1723, arrêt de la chambre impériale de Wetzlaer, qui annulle le testament et la transaction, déclare Louise de Hochsteden héritière universelle, *ab intestat*, de tout ce qui ne fait

Source : BIU Cujas

point partie du fidéicommis, et ordonne au prétendu héritier testamentaire de lui restituer la succession.

Le point principal de la contestation ainsi terminé, les parties continuent à plaider sur la pension de la veuve, et sur la qualité de la terre de Velde, léguée par Philippe-Charles à sa fille Louise, c'est-à-dire, sur la question de savoir si cette terre est un fief mixte, comme le soutient la veuve de Philippe-Charles, au nom de sa fille, ou un fief masculin, comme le prétend Jean-Charles de Hochsteden.

En 1727, mariage de Louise de Hochsteden avec Chrétien-François-Dédéric de Furstenberg. Elle meurt peu de temps après, laissant un fils nommé Clément-Lothaire.

Le 25 juin 1745, Chrétien-François-Dédéric de Furstenberg transige, comme tuteur de son fils, sur les difficultés qui restent à juger avec la famille de Hochsteden. — Par cette transaction, les parties renoncent à diverses prétentions respectives; et il est convenu que chacune des deux familles retiendra ce qu'elle a eu en obligations, meubles, immeubles et revenus.

Quant au fidéicommis qui n'a été ni pu être contesté en soi, la possession des biens dont il se compose, passe, de Jean-Charles à son fils aîné, et de celui-ci à Joseph-Ferdinand de Hochsteden, lequel décède en février 1793, ne laissant que des filles.

Théodore-Herman-Adolphe de Furstenberg, fils de Clément-Lothaire, et arrière-petit-fils de l'auteur du fidéicommis, cite les filles du dernier possesseur devant la chambre impériale de Wetzlaer, et soutient que son bisaïeul, Philippe-Charles de Hochsteden, n'ayant donné la jouissance des biens fidéicommissés qu'aux seuls mâles descendans de son frère, ne leur a transmis qu'une possession temporaire qui s'est éteinte avec eux; et que c'est à lui, comme seul héritier en ligne directe, que sont dévolus les biens, du moment qu'il n'existe plus de mâle du nom de *Hochsteden*, appelé à les recueillir.

Après la réunion de la rive gauche du Rhin à l'Empire français, la cause engagée devant la chambre impériale de Wetzlaer, est reprise devant le tribunal civil d'Aix-la-Chapelle, qui, par jugement du 30 ventose an 12, décharge les dames de Hochsteden des demandes formées contre elles.

Appel de ce jugement, de la part du sieur de Furstenberg, à la cour de Liège.

Deux questions sont agitées devant cette cour: la 1re, si, par l'extinction des mâles portant le nom de Hochsteden, les descendans de Louise, fille de l'auteur du fidéicommis, ont un droit héréditaire ou de rappel légal sur les biens fidéicommissés; la 2e, si la transaction du 25 juin 1745 fait obstacle à l'exercice de ce droit.

Par arrêt du 25 frimaire an 14, — « Attendu, sur la 1re question, que Philippe-Charles de Hochsteden, fondateur du fidéicommis, avait le droit incontestable de disposer des biens fidéicommissés, ainsi qu'il le trouvait à propos, et de les transmettre au fils aîné de son frère, Jean-Adolphe, *à l'entière exclusion de sa fille Louise*, ainsi qu'il a été reconnu et décidé par le jugement de la chambre impériale de Wetzlaer, du 18 mars 1723, qui a déclaré que *Louise de Hochsteden était héritière* AB INTESTAT, *de toute la succession de son père*, mais qui a excepté de cette succession les biens fidéicommissés, et a maintenu le fidéicommis; — Attendu qu'à la mort dudit Philippe-Charles, *la propriété* des biens dont il s'agit, est passée au fils aîné de son frère, quoique *grevée* du fidéicommis, parcequ'il est de principe que celui qui est chargé de restituer ou de remettre la propriété d'une chose à quelqu'un, a pardevers lui cette propriété: d'où il s'ensuit également que Ferdinand de Hochsteden, père des dames de Hochsteden, et dernier possesseur du fidéicommis, était aussi propriétaire desdits biens, *à la charge* de les transmettre à l'aîné mâle de la famille de Hochsteden, s'il en eût encore existé au temps de sa mort; — Attendu que le fidéicommis ayant été établi uniquement en faveur des mâles de la race et du nom de Hochsteden, il s'ensuit que Ferdinand de Hochsteden, père des dames de Hochsteden, et dernier mâle de cette famille, est demeuré propriétaire absolu des biens dont il s'agit, et les a transmis libres et dégagés de tous liens, à ses enfans, par droit de succession, parcequ'il est de principe que, lorsqu'un fidéicommis devient caduc par la mort ou la non-existence des personnes appelées à le recueillir, il doit tourner au profit de celui qui était chargé de le restituer; — Attendu que, si Philippe-Charles eût voulu établir un droit de retour en faveur de sa fille, ou des descendans de celle-ci, il aurait dû l'exprimer, et que rien ne prouve que son intention aurait été d'établir ce droit de retour; — Attendu que ce droit de retour paraît d'autant moins établi, que le fondateur du fidéicommis ordonne que les biens passeront aux plus proches parens de la souche mâle de Hochsteden, dans le cas de félonie, ou de mésalliance, de la part du possesseur de ce fidéicommis; que, par souche mâle, il a évidemment entendu la souche dans laquelle il établissait le fidéicommis; ce qui se prouve par la combinaison des art. 2 et 3 avec l'art. 1er de l'acte du 10 décembre 1696; que dans ces art. 2 et 3, il appelle simplement les plus proches parens, sans distinction de mâles ou de femelles; et qu'ainsi, s'il n'avait existé que des femmes dans cette souche mâle, dans le cas prévu par ces articles, elles devaient recueillir les biens: ce qui dénote qu'il avait soustrait pour toujours les biens fidéicommissés de la descendance de sa fille, pour les affecter à la ligne de son frère. — Attendu que ces mots, *Sans que les héritiers provenans du sexe féminin, tant et si long-temps qu'il existera des descendans mâles légitimes de Hochsteden, puissent y former une prétention quelconque, ou établir un droit de succession*, n'établissent pas un appel des descendans de sa fille Louise aux biens

Source : BIU Cujas

de fidéicommis, puisque ces mots devraient avoir la même signification dans toutes les suppositions où se place le fondateur du fidéicommis, et qu'il a aussi fait son acte pour le cas où il ne se marierait pas, et pour celui où il n'aurait pas d'enfans; d'où il découle clairement que ces mots ne signifient qu'une exclusion des femmes ou de leurs descendans aux biens en question, aussi long-temps qu'il y y aurait des mâles portant le nom de Hochsteden; — Attendu, sur la 2e question, que la solution de la première rend l'examen de la seconde inutile; — Par ces motifs, la cour met l'appellation au néant, ordonne que ce dont est appel sera exécuté selon sa forme et teneur ».

Le sieur de Furstenberg se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et fonde ses moyens sur trois propositions : — La première, que, par son acte du 10 décembre 1696, Philippe-Charles de Hochsteden a exprimé clairement la volonté de rappeler aux biens fidéicommissés *les héritiers provenans du sexe féminin*, dans le cas où les mâles de son nom viendraient à s'éteindre; que les mots, *les héritiers provenans du sexe féminin*, ne peuvent s'appliquer qu'aux descendans de sa fille unique, et nullement à ses petites-nièces qui ne sont pas ses héritières et ne proviennent pas du sexe féminin; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel de Liège a violé les Institutes, liv. 2, tit. 22, et la novelle 22, ch. 2, où il est dit : *uti quisque legasset suæ rei ita jus esto; disponat unusquisque super suis, et sit lex ejus voluntas;* — La seconde, que si la volonté de Philippe-Charles de Hochsteden n'est pas exprimée assez clairement dans l'acte du 10 décembre 1696, la loi 102, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, la loi 30, C. *de fideicommissis*, et la loi 6, C. *de institutionibus et substitutionibus*, veulent qu'elle soit interprétée dans le sens le plus conforme au vœu de la nature; qu'ainsi, la cour d'appel a violé ces lois; — La troisième, que, suivant plusieurs textes du droit romain, consacrés par les usages reçus en Allemagne, par la jurisprudence de la ci-devant chambre impériale de Wetzlaer, par l'opinion de tous les auteurs, le droit des filles exclues par un fidéicommis masculin, n'est point anéanti, mais seulement suspendu; que leur exclusion n'est que temporaire; qu'aussitôt que les mâles appelés au fidéicommis, viennent à s'éteindre, les filles et leurs descendans sont réintégrés dans l'exercice de leurs droits; et que la cour d'appel a contrevenu à ces textes, à ces usages, à cette jurisprudence, à cette opinion.

« De ces trois propositions (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 19 mai 1808), la première donne lieu à plusieurs observations importantes et toutes également décisives contre le moyen de cassation qu'elle motive.

» D'abord, à quoi tend-elle? uniquement à établir que, sur la question de volonté que fait naître l'acte du 10 décembre 1696, la cour d'appel de Liège a embrassé une interprétation contraire au vrai sens de cet acte. Mais de ce que la cour d'appel de Liège aurait erré sur une question de volonté, s'ensuivrait-il que son arrêt fût sujet à cassation? il y serait sans doute sujet, si la question de volonté était décidée textuellement par une loi, dans un sens diamétralement opposé. Mais si aucune loi ne s'est occupée de cette question, si aucune loi ne l'a décidée en termes formels, on aura beau dire que la cour d'appel l'a mal jugée : le mal jugé sur une question que la loi laisse indécise, ne peut jamais fournir une ouverture de cassation.

» En second lieu, le demandeur convient lui-même que les art. 2 et 3 de l'acte du 10 décembre 1696, tels qu'ils sont relatés dans l'arrêt de la cour d'appel de Liège, conduisent naturellement à l'interprétation adoptée par cette cour. Et en effet, par ces articles, tels qu'ils sont relatés dans l'arrêt, le fondateur du fidéicommis prévoyant les cas de félonie ou de mésalliance de la part des possesseurs des biens fidéicommissés, ordonne que l'un ou l'autre de ces cas arrivant, les biens passeront aux *plus proches parens de la souche mâle de Hochsteden;* et il est évident que par ces mots *plus proches parens*, il entend les parens descendans des femmes ni plus ni moins que les parens descendans des mâles; comme il est évident que par ceux-ci, *de la souche mâle de Hochsteden*, il appelle, non les plus proches parens de la fille ou des filles qu'il pourra avoir, mais les plus proches parens du dernier possesseur mâle du nom de Hochsteden, déchu par félonie ou mésalliance; ce qui détruit de fond en comble tout le système du demandeur.

» Comment donc le demandeur parvient-il, nonobstant ces deux articles, à rétablir son système? il n'y parvient qu'en vous disant que ces articles originairement rédigés en allemand, ne sont pas conçus de la manière énoncée dans l'arrêt de la cour d'appel; que la cour d'appel a été trompée par une traduction infidèle de l'acte du 10 décembre 1696; qu'au lieu des mots, *plus proches parens de la souche mâle de Hochsteden*, on doit y lire, *plus proches parens mâles de Hochsteden*; et que cela est justifié par une traduction légalisée le 10 mai 1806, par le président du tribunal de 1re instance de l'arrondissement de Bonn.

» Mais bien sûrement une traduction qui n'a été légalisée que le 10 mai 1806, et qui n'a point d'autre date que celle de sa légalisation, ne peut pas avoir été produite devant la cour d'appel de Liège, lors de l'arrêt qu'elle a rendu le 25 frimaire an 14. Dès-là, si la cour d'appel de Liège a été trompée par une traduction infidèle, à qui en est la faute? cette traduction n'a pu être produite devant la cour d'appel de Liège, que par le demandeur ou par ses adversaires. Si elle l'a été par le demandeur, elle est censée son propre ouvrage. Si elle l'a été par ses adversaires, il a dû en avoir, et la loi présume nécessairement qu'il en a eu communication. Dans l'un et l'autre cas, il ne l'a point critiquée, il n'en a point relevé les prétendues erreurs; la cour d'appel de Liège a donc pu et dû regarder cette traduction comme parfaitement exacte; elle a donc pu et dû argumenter, d'après cette traduction, comme elle l'a fait; et certes, vous ne casserez pas

Source : BIU Cujas

son arrêt, sous le prétexte vrai ou faux qu'il y avait dans cette traduction des inexactitudes qu'il lui était impossible de deviner.

» Troisièmement, allons plus loin, faisons abstraction de l'argument, invincible à nos yeux, que les art. 2 et 3 de la traduction produite devant la cour d'appel, lui fournissaient contre la prétention du demandeur; et supposons qu'un simple mal jugé sur une question de volonté peut amener la cassation d'un arrêt: — Dans cette double hypothèse, où sera le mal jugé que l'on reproche avec tant d'éclat à la cour d'appel?

» Prétendre, comme le fait le demandeur, que le fondateur du fidéicommis n'a voulu laisser à ses neveux, petits-neveux et arrière-petits-neveux mâles du nom de Hochsteden, qu'un droit de *jouissance usufruitière*, et fonder cette prétention sur le passage du testament du 19 octobre 1699, où il est dit que Jean-Charles de Hochsteden fera *l'adition des biens fidéicommissés*, qu'il les *administrera et en jouira suivant le contenu des dispositions du fidéicommis*, c'est prêter au testament du 19 octobre 1699 un sens qu'il repousse lui-même par son propre texte, et que condamnent hautement les principes de la matière.

» Oui; aux termes du testament, Jean-Charles de Hochsteden, neveu du testateur, doit *administrer* les biens fidéicommissés, et il doit en *jouir*. Mais comment doit-il en jouir, comment doit-il les administrer? *suivant le contenu des dispositions du fidéicommis*, c'est-à-dire, suivant l'acte du 10 décembre 1696. Or, par l'acte du 10 décembre 1696, Jean-Charles de Hochsteden est-il réduit au simple usufruit des biens fidéicommissés? il s'en faut beaucoup. *Je transmets*, dit l'auteur du fidéicommis, *la maison seigneuriale et dépendances....., à Jean-Charles, baron de Hochsteden, de sorte qu'après son décès, les biens ci-dessus spécifiés seront dévolus à l'aîné de ses enfans mâles et légitimes.* Voilà bien une transmission du corps, du fonds même des héritages fidéicommissés. Voilà bien une transmission de la propriété de ces héritages. A la vérité, la propriété de ces héritages ne sera pas libre dans la personne de Jean-Charles; mais pour n'être pas libre, elle n'en sera pas moins réelle. Le grevé de substitution n'est pas moins propriétaire que s'il était affranchi de ce lien; et ce n'est pas comme usufruitier, c'est comme propriétaire grevé qu'il jouit. — « Retenez bien (dit Thévenot d'Essaules, dans son *Traité des substitutions fidéicommissaires*, ch. 33), que dans le fidéicommis conditionnel, la propriété appartient au grevé, jusqu'à ce que la condition dont le fidéicommis dépend, soit arrivée. Tant que la condition est pendante, le grevé est véritablement et pleinement propriétaire: toutes les lois y sont formelles..... Il suit de là que, dans nos substitutions ordinaires, qui sont faites pour le cas de la mort du grevé, la propriété appartient indubitablement au grevé, *jusqu'à l'instant de son décès;* puisque le décès du grevé avant le substitué est la condition du fidéicommis ».

» Mais, dit le demandeur, quel a été le motif de la disposition par laquelle le fondateur du fidéicommis a appelé son neveu et ses descendans mâles à l'exclusion de sa propre fille? Il n'y en a pas eu d'autre, et le fondateur du fideicommis l'a exprimé lui-même en toutes lettres dans l'acte du 10 décembre 1696, que *la conservation du nom et de la souche noble de Hochsteden.* Le fondateur du fidéicommis ne peut donc pas être présumé avoir voulu étendre l'exclusion de sa fille et de ses descendans, au cas où le nom et la souche noble de Hochsteden viendraient à faillir. Il est donc présumé, au contraire, avoir voulu que dans le cas où le nom et la souche noble de Hochsteden viendraient à faillir, sa fille et ses descendans recueillissent les biens fidéicommissés.

» Il est vrai que régulièrement la cause impulsive d'une disposition à titre gratuit, est assimilée à une condition, toutes les fois qu'elle porte sur l'avenir; et que, par conséquent, la défaillance de cette cause fait cesser la disposition, comme la ferait cesser l'inaccomplissement d'une condition proprement dite.

» Mais cette règle admet une exception qui rentre précisément dans notre espèce. — « Il n'est pas vrai (dit Furgole, *Traité des testamens*, ch. 7, sect. 3, n. 84), que quand la cause finale manque ou ne peut pas être exécutée PAR QUELQUE CAS FORTUIT, elle anéantisse la disposition: les lois 10 et 11, C. *de condictione ob causam datorum*, décident nettement le contraire; et il n'y a, à cet égard, aucune distinction à faire entre les dispositions contractuelles et les dispositions testamentaires ». — Or, ici, ce n'est point par le fait de Jean-Charle de Hochsteden ni de ses descendans, qu'a manqué la cause finale du fidéicommis: elle n'a manqué que par un évènement qu'il n'a pas été en leur pouvoir de prévenir; elle n'a manqué que par l'extinction de leur descendance masculine. La défaillance de la cause finale du fidéicommis n'a donc pas pu anéantir la disposition qui leur transférait la propriété des biens fidéicommissés; elle n'a donc pas pu les empêcher de transmettre eux-mêmes cette propriété à leurs héritiers. Il faut donc en revenir, à leur égard, à ce principe général, que toute libéralité est indépendante de sa cause et subsiste sans elle: *Ratio legandi legato non cohæret*, dit la loi 72, §. 6, D. *de conditionibus et demonstrationibus.*

» Le demandeur est-il mieux fondé à se prévaloir de cette clause de l'acte du 10 décembre 1696, *sans que les héritiers provenans du sexe féminin, tant et si long-têmps qu'il existera des descendans mâles et légitimes de Hochsteden, puissent y former une prétention quelconque, ou établir un droit de succession?* — Par cette clause, suivant lui, le fondateur du fidéicommis a appelé *les héritiers provenans du sexe féminin*, en cas d'extinction de la race masculine de Hochsteden; et par ces mots, *les héritiers provenans du sexe féminin*, il a désigné, non les héritiers du dernier

Source : BIU Cujas

possesseur mâle des biens fidéicommissés, mais les descendans de sa propre fille. — Deux réponses :

» 1° Où le demandeur a-t-il pris que le fondateur du fidéicommis avait appelé *les héritiers provenans du sexe féminin*, en cas d'extinction de la race masculine de Hochsteden ? Le fondateur du fidéicommis n'a dit qu'une chose : c'est que tant que la race masculine de Hochsteden subsisterait, *les héritiers provenans du sexe féminin*, ne succéderaient pas aux biens fidéicommissés : mais vouloir convertir une disposition qui exclud dans un cas déterminé, en une disposition qui appelle dans le cas contraire, c'est fronder les principes les plus élémentaires du droit. — Ecoutons Furgole, chap. 8, sect. 1, n. 69 : « Il paraît assez clairement des règles que nous venons d'observer, que l'institution doit être faite par des paroles dispositives et affirmatives, et qu'elle ne peut point résulter d'une disposition négative et privative. Si, par exemple, un testateur dit, *je déshérite mon fils, s'il ne revient pas dans un tel temps*, une telle disposition qui est purement négative et privative, ne peut point renfermer une disposition affirmative : ainsi, si le fils revient dans le temps fixé par le testateur, il ne sera pas censé institué, et tout ce que l'on pourra dire, c'est qu'il ne sera pas exhérédé. *V.* Wesembeck, *dans son Commentaire* sur le Digeste, tit. *de heredibus instituendis*, n. 6. Ce qui est fondé sur la loi 19, D. *de heredibus instituendis*, lorsqu'elle décide que les mots, *si Seius heres non erit*, ne renferment aucune disposition en faveur de Seius ». — Ainsi, il résulte bien de la clause dont argumente le demandeur, que les *héritiers provenans du sexe féminin*, cesseront d'être exclus, lorsque la descendance masculine de Hochsteden viendra à s'éteindre. Mais il n'en résulte pas qu'ils sont appelés pour ce cas même ; mais il n'en résulte pas que ce cas même est pour eux la condition d'un nouveau fidéicommis qui s'ouvrira à leur profit lorsqu'elle s'accomplira. Donc, ce cas arrivant, les biens devront suivre leur cours naturel ; donc, ce cas arrivant, les héritiers du dernier possesseur mâle recueilleront les biens. Telle est en effet la conséquence nécessaire de la règle générale, qui, à défaut de disposition contraire, défère les biens du dernier possesseur à ses propres héritiers.

» 2° Dans ce que nous venons de dire, nous avons supposé, avec le demandeur, que, par ces mots, *les héritiers provenans du sexe féminin*, le fondateur du fidéicommis avait désigné ses propres héritiers, et non ceux du dernier possesseur. Mais cette supposition, rien ne la justifie. Philippe-Charles de Hochsteden n'a pas dit, *mes héritiers*, il a dit, *les héritiers*. Il parlait cependant à la première personne : *M'étant déterminé*, disait-il dans l'acte du 10 décembre 1696, *à établir un fidéicommis...*, *Je l'établis par ces présentes...* ; *Je transmets ladite maison seigneuriale.... à Jean-Charles, fils aîné de* MON *frère*. Et il est bien sensible que si, dans la clause relative aux *héritiers provenans du sexe féminin*, il eût voulu parler, non des héritiers du dernier possesseur, mais de ses héritiers personnels, il aurait dû dire, non *les héritiers*, mais *mes héritiers*.

» Ainsi tombe, ainsi s'écroule de toutes parts, la première proposition du demandeur. Voyons si la deuxième est mieux fondée.

» Elle consiste à dire que si la manière dont s'est exprimé le fondateur du fidéicommis, laisse du doute sur sa volonté d'appeler les descendans de sa fille en cas d'extinction de la race masculine de Hochsteden, c'est en leur faveur que ce doute doit être résolu, parceque tel est le vœu de la loi 102, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, de la loi 30, C. *de fideicommissis*, et de la loi 6, C. *de institutionibus et substitutionibus*.

» Mais 1° nous avons déjà remarqué que les art. 2 et 3 de l'acte du 10 décembre 1696, tels qu'ils ont été traduits devant la cour d'appel de Liège, tels que la cour d'appel de Liège a été forcée par le fait même du demandeur, de les lire, bien loin de laisser quelque doute sur la prétendue volonté que l'on réclame ici, établissent nettement la preuve d'une volonté directement contraire.

» 2° Qu'ont de commun avec notre espèce les lois romaines invoquées par le demandeur ? Elles décident, à la vérité, que la condition, *si l'institué décède sans enfans*, est suppléée de plein droit dans tout fidéicommis dont un père grève son fils ou sa fille en l'instituant héritier ou légataire ; et elles le décident par la considération qu'il n'est pas à présumer que le testateur eût préféré un étranger à son propre sang, s'il eût prévu que son fils ou sa fille ne mourrait pas sans postérité : mais elles ne décident que cela ; et de savoir si la cour d'appel de Liège les a violées, précisément parcequ'elle ne les a pas étendues à un cas qui leur est étranger, c'est-à-dire, précisément parcequ'elle n'a pas fait ce qu'elle ne pouvait pas faire, c'est une question dont la négative ne peut certainement pas être douteuse.

» Reste la troisième proposition du demandeur, que les lois romaines, les usages d'Allemagne, la jurisprudence de la ci-devant chambre impériale de Wetzlaer, l'opinion de tous les auteurs allemands, s'accordent à assurer aux filles exclues par un fidéicommis masculin, le droit de revenir par elles-mêmes ou par leurs descendans, à la succession fidéicommissée, lorsque s'éteint la race masculine en faveur de laquelle le fidéicommis avait été fondé. — Cette proposition est-elle vraie dans toutes ses parties ; et si elle l'était, pourrait-elle entraîner la cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Liège ? Voilà ce que nous avons à examiner.

» Qu'elle ne soit pas vraie quant aux lois romaines, c'est ce que prouvent les efforts même que fait le demandeur pour la justifier sous ce rapport.

» Quels sont en effet les textes du droit romain qu'il vous cite ? Ils se réduisent à deux : la loi 26, C. *de legatis*, et la loi 67, §. 1, D. *de legatis* 2°.

Source : BIU Cujas

» Et que dit le premier de ces textes ? Rien autre chose, si ce n'est que les objets donnés pour un certain espace de temps, soit par acte entre-vifs, soit par legs ou fidéicommis, retournent, ce temps expiré, aux héritiers du donateur ou du testateur : *cùm enim jam constitutum sit fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est etiam legata vel fideicommissa quæ ad tempus relicta sunt, ad eamdem similitudinem confirmari ; post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis vel fideicommissis remeantibus.* — Que l'on infère de ce texte, que les héritiers de Philippe-Charles de Hochsteden auraient droit de reprendre les biens dont il s'agit, si ces biens n'avaient été donnés à la branche collatérale de Hochsteden, que pour le temps qu'il existerait des mâles dans cette branche, cela se conçoit. Mais ce que nous ne concevons pas, c'est que l'on prétende assimiler à cette hypothèse le cas précis de la contestation qui vous est soumise, c'est-à-dire, le cas où, en donnant des biens à un parent collatéral, le testateur les grève d'un fidéicommis perpétuel au profit de la descendance masculine de ce parent. Il y a en effet de l'un à l'autre cas une distance que nous ne craindrons pas d'appeler incommensurable. — Donner pour le temps seulement qu'il existera des mâles dans la descendance du donataire, c'est ne faire qu'une donation conditionnellement temporaire ; c'est dire : « Je vous donne, mais je me réserve le droit de reprendre, si votre postérité masculine vient à manquer » ; — Au lieu que donner à la charge d'un fidéicommis masculin, c'est faire une donation perpétuelle par sa nature, quoique grevée de restitution au profit des descendans mâles du donataire, en cas qu'il en ait et qu'ils lui survivent : c'est dire : « Je vous donne, et je vous donne incommutablement, si vous ne laissez point d'enfans mâles ; mais si vous laissez des enfans mâles, je veux que vous leur transmettiez l'objet de ma donation ».

» Que dit ensuite la loi 67, §. 1, D. *de legatis* 2° ? Elle suppose deux testamens successifs : l'un, par lequel Pierre a fait à Paul un legs, qu'il l'a chargé de restituer à une personne dont il lui a laissé le choix dans une classe déterminée ; l'autre, par lequel Paul a choisi dans cette classe la personne qui doit recueillir le legs à titre de fidéicommis ; et elle demande si la quarte falcidie qui doit opérer un retranchement sur ce legs, appartient à l'héritier de Pierre, auteur du legs et fondateur du fidéicommis, ou à l'héritier de Paul, légataire grevé de fidéicommis, avec faculté de choisir. Sa réponse est, que la quarte falcidie doit être distraite, non au profit de l'héritier de Paul, mais au profit de l'héritier de Pierre, parceque c'est de Pierre que vient le legs, quoiqu'il ait passé par le canal de Paul : *Si falcidia quæratur, perindè omnia servabuntur ac si ei qui posteà electus est, primo testamento fideicommissum relictum fuisset. Non enim facultas necessariæ electionis, propriæ liberalitatis beneficium est : quid enim est quod de suo videatur reliquisse, qui quod relinquit omninò reddere debuit?* — C'est de cette loi et de quelques autres qui sont puisées dans la même théorie, notamment de la loi 54, D. *ad legem falcidiam*, et de la loi 41, §. 3, D. *de vulgari et pupillari substitutione*, que les interprètes ont formé l'axiome vulgaire, *gravanti succeditur, non gravato ;* et le demandeur invoque ici cet axiome, comme établissant que la substitution masculine, fondée par Philippe-Charles de Hochsteden, étant éteinte, c'est aux héritiers de Philippe-Charles de Hochsteden, et non à ceux du dernier possesseur, que les biens jadis fidéicommissés et actuellement libres, doivent retourner.

» Mais, 1° quand la cour d'appel de Liège aurait jugé contre cet axiome, elle n'aurait encore pour cela violé aucune loi romaine ; car cet axiome n'est écrit littéralement dans aucun texte du droit romain : les interprètes seuls ont créé cet axiome ; ils ne l'ont créé que par des inductions, par des argumentations, qui ne sont certainement point des lois, et à l'infraction desquelles, par conséquent, il ne serait, en aucun cas, permis d'attacher la peine de la cassation.

» 2° Cet axiome, tel que nous le présentent les interprètes, n'a d'effet, à l'égard des biens fidéicommissés, que pendant la durée du fidéicommis qui les affecte. Une fois le lien du fidéicommis rompu par la défaillance de la condition à laquelle sa continuation était subordonnée, cet axiome leur devient étranger : car du moment qu'il n'y a plus de grevé, on ne peut plus mettre en question si c'est au grevé ou au grevant qu'il s'agit de succéder : il n'y a plus matière à dire, n'importe dans quel sens, *gravanti succeditur, non gravato.* — Et de bonne foi, comment accorder l'application que le demandeur prétend faire de cet axiome à un fidéicommis expiré, avec cette vérité si simple, si universellement reconnue, que le grevé devient propriétaire libre à l'instant même où manque la condition de laquelle dépend son obligation de restituer, avec ce principe si constant, si trivial, que tout propriétaire libre n'a point d'autres héritiers que ceux qu'il se choisit lui-même, ou que la loi lui assigne à défaut de choix de sa part ?

» 3° Même pendant la durée du fidéicommis, cet axiome n'empêche pas que, pour déterminer à qui doivent être déférés les biens, on ne fasse abstraction de la qualité et du degré de la parenté des prétendans avec le susbtituant, pour ne considérer que la qualité et le degré de leur parenté avec le dernier possesseur ; et non seulement l'art. 22 du tit. 1er de l'ordonnance de 1747 l'a ainsi décidé pour la France, mais tel est le cri général des jurisconsultes les plus estimés qui ont écrit sur la question. *Nam etsi verum sit* (dit Voët, sur le Digeste, liv. 36, tit. 1, n. 31, d'après Pérégrinus et une foule d'autres auteurs qu'il cite), *fideicommissarium gravanti succedere, in quantùm ex gravantis beneficio ac voluntate succedit, non neces-*

Source : BIU Cujas

sariò successurus, nisi ita gravans restitutionem fieri per fideicommissum voluisset; non tamen ideò verum est illum directò et immediatè fideicommittenti succedere, sed magis per interpositam heredis fiduciarii personam hereditas aut ex fideicommisso obnoxia ad eum pervenit: ac proindè, sicut heredis appellatione heres heredis contineri dicitur, licet heredis heres directò non succedat primo defuncto, sed magis heredi ejus, ita quoque fideicommissarius fideicommittentis successor est, dùm heres est ei ad quem, tanquam heredem fiduciarium, primitùs jus omne defuncti devolutum fuit, et sic per personam fiduciarii subintrat in locum ipsius gravantis.

» La troisième proposition du demandeur est donc fausse, en tant qu'elle a pour objet d'établir que, par les lois romaines, les héritiers du fondateur d'une substitution sont appelés, lorsque s'éteint cette substitution, à recueillir les biens privativement aux héritiers du dernier possesseur. Il importerait peu, d'après cela, que cette proposition fût vraie, en tant qu'elle a pour objet d'établir que tel est l'usage d'Allemagne, que telle a toujours été la jurisprudence de la ci-devant chambre impériale de Wetzlaer, que telle est l'opinion unanime de tous les jurisconsultes allemands. Mais, nous devons le dire, elle n'est même pas vraie sous ce deuxième rapport.

» Que dans la foule des jurisconsultes allemands qui ont traité la question, il y en ait plusieurs qui la décident dans le sens du demandeur, c'est ce qu'on ne peut nier.

» Rien de plus formel, par exemple, que ce qu'a écrit là-dessus Georges Everhard, professeur de l'université d'Ingolstadt, dans la 42e consultation du tome 2 du recueil de ses œuvres, imprimées à Augsbourg en 1699. — Voici l'espèce qui lui était proposée.

» Un noble allemand, père de deux filles, les institue ses héritières universelles par un testament en bonne forme; et, par le même acte, il lègue une terre qu'il tenait en fief de l'Empire, à l'aîné mâle de son agnation, pour en jouir à perpétuité pendant sa vie, et passer successivement d'aîné mâle en aîné mâle, avec prohibition à chaque possesseur de détériorer ou d'aliéner les biens substitués. — Après le décès du testateur, cette terre est recueillie par l'aîné mâle de son nom; elle parcourt ensuite plusieurs degrés, et elle finit par se trouver dans les mains d'un mâle unique, à qui son âge et ses infirmités ne laissent aucune espérance d'avoir des enfans mâles. — Dans cet état des choses, Everhard est consulté sur la question de savoir si, par le décès du possesseur actuel sans descendans mâles, les biens fidéicommissés appartiendront à ses plus proches parens, ou s'ils devront retourner aux filles du testateur ou à leurs descendans, quoique leur parenté, à l'égard de ce dernier possesseur, soit bien plus éloignée?

» Le jurisconsulte bavarois discute cette question sous tous les rapports qu'elle peut présenter.

» Au premier coup-d'œil (dit-il), les héritiers du possesseur actuel paraissent devoir l'emporter. On peut en effet soutenir pour eux, que, dans l'espèce, le fidéicommis ne résulte que de la seule prohibition d'aliéner, et que cette prohibition n'exclut pas ces héritiers du droit de succéder *ab intestat* aux biens fidéicommissés, lorsque les mâles appelés à les recueillir, se trouvent éteints; que le testateur n'ayant pas réglé l'ordre de la succession après l'extinction des mâles, s'en est rapporté, pour cet évènement, à la disposition du droit commun; que n'ayant rappelé ni ses filles ni leurs descendans, il a voulu transférer aux possesseurs la propriété des biens substitués, et que ces biens deviennent de disposition libre, quand il n'existe plus de mâle appelé à les recueillir; que le testateur ayant institué ses filles ses héritières, il lui a été libre de léguer à qui bon lui semblait la partie disponible de ses biens; que même ses filles ont accepté sa succession, sans contester le fidéicommis; qu'elles n'ont donc plus aucun droit de réclamer les biens fidéicommissés, puisqu'elles ont approuvé la disposition de leur père, qui n'aurait pas d'ailleurs pu être utilement attaquée; qu'en appelant à perpétuité ses agnats aux biens fidéicommissés, le testateur a voulu exclure ses filles à perpétuité, puisqu'il n'a pas songé à les rappeler; que le fidéicommis pouvant être successivement recueilli, sinon par une série inextinguible de mâles, du moins par sept, par exemple, ou par un beaucoup plus grand nombre, il n'est pas vraisemblable que le testateur ait porté sa pensée sur les descendans de ses filles, dans le cas incertain où il en existerait à des époques et à des degrés si éloignés.

» Mais (continue Everhard), ces raisons ne sont que spécieuses, et la réfutation en est facile. — Le testateur a légué les biens dont il s'agit, aux aînés mâles de la famille de son nom, afin que la famille de son nom pût d'autant mieux se soutenir dans un état honorable. — Donc la conservation ou le maintien de la famille de son nom dans toute sa splendeur, a été la cause finale du fidéicommis. — Or, les fidéicommis se règlent d'après le motif qui les a déterminés: de sorte que la cause du fidéicommis venant à cesser, le fidéicommis cesse aussi; d'autant mieux que si cette cause n'eût pas existé, le testateur n'aurait pas fait le fidéicommis. — Le nom et la dignité des familles se conservent par les mâles, et finissent dans les filles. — Donc, au décès du dernier possesseur mâle, le fidéicommis cessera avec sa cause ou son objet, qui fut de soutenir le nom et la famille du testateur. — Et, par conséquent, les biens fidéicommissés ne peuvent pas passer aux héritiers *ab intestat* du dernier possesseur, qui ne sont pas de la famille, et ne portent pas le nom que le testateur a voulu soutenir. — Par la même raison, le dernier possesseur ne peut pas disposer des biens par acte de dernière volonté. Ajoutons qu'il en disposerait pour un

Source : BIU Cujas

temps et pour un cas où ils ne seraient plus sa propriété, mais celle d'un autre ; et, par conséquent, sa disposition serait nulle. — Il ne peut pas non plus les aliéner entre-vifs : la prohibition du testateur s'y oppose ; et cette prohibition, quand il n'existe plus de mâle appelé à qui elle puisse profiter, doit naturellement tourner au profit des descendans du testateur en faveur desquels elle est alors censée faite. — Le testateur a exprimé son intention d'appeler successivement les mâles seulement, et non les filles. Donc celles-ci sont exclues, l'appel des uns supposant l'exclusion des autres. — Or, le testateur n'ayant appelé que les mâles, et le fidéicommis ne pouvant subsister à l'égard de leurs filles ou de leurs autres héritiers étrangers qu'il n'a pas voulu y appeler, il s'ensuit que les biens fidéicommissés doivent retourner aux descendans du testateur. — La chose est d'autant plus certaine, que la vocation des seuls mâles se trouve répétée plusieurs fois dans le testament : ce qui manifeste d'autant mieux la volonté de n'appeler que les mâles exclusivement ; d'où il résulte que les filles ou tous autres héritiers étrangers du dernier possesseur, ne pourraient obtenir les biens fidéicommissés, ni comme successeurs *ab intestat*, ni en vertu d'une disposition quelconque. — Le testateur n'a fait le fidéicommis que conditionnellement, c'est-à-dire, tant qu'il existera des mâles de son nom. — Donc la condition venant à manquer avec les mâles au décès du dernier possesseur, les biens fidéicommissés doivent retourner aux descendans du testateur. — Les filles du dernier possesseur ne pourraient être admises à recueillir les biens, qu'en étendant d'une personne à une autre le fidéicommis circonscrit dans des personnes déterminées, c'est-à-dire, dans les mâles du nom du testateur ; et les principes repoussent une telle extension. — Il ne faut pas d'ailleurs oublier que le testateur a réitéré plusieurs fois la vocation des seuls mâles de son nom ; et que, par cette raison ultérieure, il est censé n'avoir pas voulu que sa disposition fût susceptible d'être étendue d'une personne ou d'un cas à un autre. — Ici, cependant, il s'agirait non seulement d'étendre le fidéicommis à des personnes qui n'y ont pas été appelées, mais encore d'exclure, au moyen de cette extension, les descendans du testateur, qui, après ceux qu'il a nominativement appelés au fidéicommis, sont censés occuper la première place dans son affection. — Or, une extension de fidéicommis d'une personne et d'un cas à un autre, ne saurait jamais être admise, quand elle doit produire une telle exclusion. — La prédilection du testateur pour ses filles ou leurs descendans, doit ici être d'autant plus présumée, qu'il n'a fait aucune mention des filles ou des femmes de la famille de son nom dont il a appelé les mâles au fidéicommis, et qu'il a exprimé la cause pour laquelle il a fait le fidéicommis en faveur de ces mâles : cause sans laquelle, comme nous l'avons déjà établi, il aurait laissé à ses filles les biens fidéicommissés, ainsi que ses autres propriétés. — La prédilection du testateur pour ses descendans se présume naturellement et de plein droit ; et, à cette présomption dictée par la nature, se joint celle qui est établie par la loi 102, D. *de conditionibus et demonstrationibus ;* par la loi 30, C. *de fideicommissis ;* par la loi 9, C. *de institutionibus et substitutionibus ;* et par la loi unique, C. *de his qui ante apertas tabulas*, dans laquelle il est dit, *per indignum esse filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes excludi, aliosque adversùs paternum, avitum vel proavitum desiderium, insperato legati commodo gaudere.* Le motif de cette loi s'applique à notre espèce, où les héritiers du dernier possesseur recueilleraient, contre l'intention du testateur, un fidéicommis auquel ils n'ont jamais dû s'attendre ; et quoique le cas pour lequel dispose cette loi, ne soit pas précisément le nôtre, il suffit qu'il y ait même raison de décider. — Supposons qu'on eût demandé au testateur si, dans le cas de l'extinction des mâles de son nom, il entendait préférer les filles ou les héritiers du dernier possesseur, ou bien ses propres filles ou leurs descendans : on ne peut pas douter qu'il se fût prononcé en faveur de ces derniers. Il faut donc considérer cette réponse comme écrite dans son testament. — Ajoutons que le testateur n'a voulu faire qu'un fidéicommis temporaire, limité à la vie de chaque possesseur. — Et il est constant en droit qu'on peut faire un fidéicommis pour un temps, soit certain, soit incertain, et que ce temps étant révolu, le fidéicommis cesse de plein droit, et les biens fidéicommissés retournent aux héritiers du testateur. — Dans notre espèce, le fidéicommis n'a pas été fait au profit d'un seul pour le temps qu'il vivrait ; mais tous les aînés mâles de la famille et du nom du testateur ont été appelés à jouir successivement des biens fidéicommissés, chacun pendant sa vie : de sorte que le testateur est censé avoir porté sa pensée et son affection sur les descendans de ses filles, et s'en être référé, à leur égard, à l'ordre successif dans lequel il a appelé les mâles de son nom, tant qu'il en existerait.

» De tout cela, Everhard conclut qu'après la mort du dernier possesseur mâle, les biens fidéicommissés ne sauraient passer, en aucune manière, à ses héritiers, quels qu'ils soient ; mais qu'ils doivent retourner aux filles du testateur ou à leurs descendans.

» Ensuite il revient sommairement sur les objections qu'il regarde comme déjà réfutées, et notamment sur celle qui consiste à dire que la fille une fois exclue, est censée l'être pour toujours, ainsi que ses descendans. — « Cela peut être vrai (dit-il), lorsque, par le contrat, par le statut, ou par une renonciation volontaire, la fille a été exclue purement, simplement et absolument ; mais il en est tout autrement, lorsque son exclusion n'a été que temporaire : par exemple, lorsque la disposition qui l'exclut, ne doit avoir son effet que jusqu'à ce que tel

Source : BIU Cujas

évènement arrive, ou tant qu'il existera des mâles. Dans ce cas, et dans tous les autres semblables, du moment que les mâles viennent à s'éteindre, les droits de la fille exclue reprennent toute leur force primitive.— Et il doit en être ainsi, à plus forte raison, lorsque c'est par un acte de dernière volonté du père que la fille a été exclue ».

» Telles sont, MM., les raisons sur lesquelles Everhard bâtit son système; et vous voyez que, bien analysées, elles se réduisent à cette assertion : « le testateur qui, n'ayant que des filles, fait à l'un de ses agnats collatéraux un legs qu'il grève d'une substitution perpétuelle, linéale et masculine, est censé ne faire ce legs que pour le temps qu'il existera des mâles dans la descendance de son légataire » ; — Assertion que l'habile professeur d'Ingolstadt étaie de toutes les subtilités de l'école, mais qui n'en est pas moins une hérésie aux yeux de quiconque, s'attachant aux purs principes du droit romain, ne voit dans un legs grevé d'une substitution linéale et masculine, que ce qui y est véritablement, c'est-à-dire, un titre translatif d'une propriété perpétuelle au profit du légataire direct, s'il décède sans enfans mâles, un titre translatif d'une propriété perpétuelle, au profit de ses enfans mâles, s'ils décèdent eux-mêmes sans postérité masculine.

» Cependant, avec ses mauvaises raisons, Everhard a trouvé des partisans en Allemagne. Trop de gens, dans un pays hérissé, pour ainsi dire, de fidéicommis masculins, étaient intéressés à soutenir son opinion, pour qu'il en fût autrement. Mais rien ne prouve mieux combien cette opinion paraissait, même à ceux qui la défendaient le plus obstinément, s'écarter de toute analogie avec le droit commun, que l'étrange dénomination qu'ils ont été obligés de créer pour les filles et descendans des filles qu'ils admettaient ainsi à succéder après un long intervalle d'exclusion : ils les ont qualifiés d'*héritiers revenans*, HEREDES REGREDIENTES.

» Aussi la plus saine partie des jurisconsultes allemands s'est-elle élevée contre cette subversion de principes.

» Vendekindin en a fait la matière d'un traité exprès, qui, par son titre seul, annonce la profonde conviction dans laquelle était ce jurisconsulte, de la fausseté de la doctrine qu'il combattait : *dissertatio de vanitate juris regrediendi collateralium* ; c'est ainsi qu'il a intitulé son ouvrage.

» Et il a été suivi par Selchow, professeur de l'université de Goettingen, dans ses *elementa juris publici Germanici*, §. 509 et 510. Ce jurisconsulte commence par établir que les filles des maisons souveraines exclues des fiefs ou des biens allodiaux de leurs pères affectés à l'agnation de ceux-ci, conservent le droit éventuel d'y revenir, lors même qu'en y faisant une renonciation surérogatoire, elles ne se sont pas réservé ce droit; et que ce droit se réalise pour elles, au moment où s'éteint l'agnation, puis il continue ainsi : *Posito autem jure eventuali fœminarum illustrium, nova nunc suboritur quæstio :* QUO ORDINE SUCCEDANT ? *Quâ in re duplex quasi jurisconsultorum familia extitit, quarum una pro filiâ primo acquirenti proximâ, altera autem pro filiâ quæ ultimo defuncto, proximo consanguinitatis gradu, conjuncta est, depugnavit. Equidem filiam ultimo possessori proximam, inter illustres quoque, succedere oportere putaverim. Tametsi enim omnes filiæ, à primo adquirente descendentes, omnino jus succedendi habeant, idque etiam, non factâ adeò reservatione, ipsis tribuatur ;* ORDO *tamen* SUCCEDENDI, *secundùm omnia jura per Germaniam obtinentia, ab ultimo defuncto dicitur ; neque etiam intuitu personarum illustrium quidquam lege vel observantiâ, eâ in re, mutatum est. Neque etiam est, quod secùs sentientium* RATIUNCULIS *moveamur, qui fœminas renunciantes, extinctâ gente masculinâ, in locum quem ante renonciationem habuisse finguntur, regredi, ideòque, cùm in favorem tantùm gentis masculinæ renunciaverint, reliquas ejusdem gentis filias excludere, opinantur,* UNDE BELLAM PERSONAM HEREDUM REGREDIENTIUM IPSIS IMPOSUERUNT. *Cùm enim omnis renunciatio sit superflua, et donec gens masculina extincta fuerit, fœminis nullâ omninò successio tribuatur, stirpe autem masculinâ exarescente, vacua demum fiat hereditas, ordine legali nunc dispensanda ; sequitur parùm interesse quid cogitaverint vel sibi reservaverint fœminæ, ante hereditatem ad ipsas devolutam, renunciantes.*

» Le même auteur, dans ses *Elementa juris Germanici privati hodierni*, §. 632, dit encore : *Jam cùm hæc fœminarum renunciatio in favorem tantùm gentis masculinæ fiat, aut fieri præsumatur, sequitur, extinctâ gente masculinâ, easdem, etiam non factâ reservatione, ad successionem regredi ;* unde HEREDUM REGREDIENTIUM *nomen nanciscuntur. Quo autem ordine succedant, non una omnium est sententia ; aliis fœminæ, quæ primo adquirenti proxima est, aliis filiæ ultimi suæ gentis, aut quæ eidem proxima est, successionem deferentibus. Inter illustres hæc controversia nondum decisa est. Quod autem ad nobiles attinet, potior videtur eorum sententia qui filiam ultimi defuncti vel eidem proximam præferri jubent. Licet enim omnes fœminæ à primo adquirente descendentes, jus habeant succedendi, extinctâ gente masculinâ, ordo tamen successionis, secundùm omnia jura quæ unquam in Germaniâ obtinuerunt et etiam nunc obtinent, semper ab ultimo defuncto ducitur, adeòque inter nobiles etiam obtinere debet, donec exceptio ex legibus vel observantiâ doceatur ; præsertim cùm renunciatio planè necessaria non sit, nec verum jus succedendi fœminis ante extinctam gentem masculinam competat.*

» Pütter, autre professeur non moins célèbre de l'université de Gœttingen, tient le même langage dans ses *Institutiones juris pub ici Germanici*, §. 454 : *Qualiscumque*, dit-il, *succedendi modus obtineat, quamdiu stirps mascula in lineâ descen-*

Source : BIU Cujas

dente continuatur, filiarum successio nulla est. Quòd si verò ab unâ stirpe masculâ successio defertur ad alteram stirpem masculam superstitem, extinctæ stirpis filiæ tum mobiliarem illius hereditatem, tum et noviter ab illâ adquisita sibi vindicant; eâque mente tunc separatio feudi ab allodio fieri debet, pro quâ et obligatio ad præstanda facta defuncti inter successorem allodialem et feudalem seu territorialem distribuitur. Sin universæ familiæ stirps mascula deficit, filiabus à primo adquirente oriundis earumque posteris jus succedendi, exceptis modo feudis merè masculinis, aperitur ; IN ORDINE AUTEM SUCCEDENDI, MERITÒ FILIA ULTIMI DEFUNCTI PRÆFERTUR REMOTIORIBUS AD HEREDITATEM FILIÆ OLIM RENUNCIATÆ NUNC REGRESSURIS, VULGÒ HEREDIBUS REGREDIENTIBUS.

» C'est ce qu'enseigne également Hœberlin, professeur de l'université d'Helmstadt, dans son commentaire sur le texte de Pütter, que nous venons de citer. Voici ses termes, que nous ne faisons que traduire littéralement de l'allemand en français : — « Dans le cas où non seulement une des branches des descendans mâles par mâles, mais la souche masculine entière d'une famille est éteinte, ce qui est arrivé dans la maison d'Autriche en 1740, il faut voir s'il existe d'abord des conventions particulières qui donnent le droit de succéder à une autre famille (*pacta confraternitatum*), ou des expectatives valables. S'il n'y en a pas, le suzerain réunit à son domaine direct tous les fiefs masculins ; et tous les autres biens de la succession appartiennent aux filles. Alors il s'élève ordinairement une contestation importante sur la question de savoir si c'est la fille du dernier possesseur ou plutôt la fille ou la parente la plus proche de l'auteur commun, qui doit être préférée. Le siècle dans lequel nous vivons, nous en a fourni plusieurs exemples. En l'an 1736, mourut le dernier comte de Hanau, sans laisser de descendance mâle. Le prince héréditaire de Hesse-Darmstadt, dont l'épouse était la seule fille du défunt, ainsi que le prince Guillaume de Hesse-Cassel, dont la branche tirait son origine d'Amélie-Elisabeth de Hanau-Munzenberg, réclamèrent tous les deux les biens de cette succession. Les arbitres auxquels cette affaire fut déférée, décidèrent, *par plusieurs motifs particuliers*, en faveur de Hesse-Cassel. Une contestation beaucoup plus intéressante et plus sanglante s'éleva en 1740, lorsque l'empereur Charles VI mourut sans descendans mâles. Marie-Thérèse prit alors possession de tous les pays héréditaires d'Autriche, tant en sa qualité de fille aînée de feu l'empereur, qu'en vertu de la sanction-pragmatique ; mais l'électeur de Bavière la lui contesta ; il fondait ses prétentions sur ce que sa trisaïeule du côté paternel, épouse du duc Albert V de Bavière, était la fille de l'empereur Ferdinand I. Cette affaire fut décidée par les armes en faveur de Marie-Thérèse ; mais elle l'aurait dû être de même par la justice. Il est vrai que le droit de succéder tire son origine du premier acquéreur; et si même les filles, lors de leur mariage, renoncent par serment à la succession au profit des mâles, cela ne se fait néanmoins que sous la clause tacite ou formelle, *jusqu'à l'extinction des mâles ;* pour lequel cas elles se réservent leur droit de succéder. Mais il faut bien distinguer entre le *droit* et l'*ordre de succession*. Le droit de succéder tire bien son origine du premier acquéreur; mais l'ordre se règle d'après le rapport des concurrens avec le dernier possesseur. On doit même convenir que les renonciations des filles ne sont qu'une formalité surérogatoire, parceque, même sans ces renonciations, les filles n'ont pas de droit à la succession, tant qu'il y a encore des descendans mâles. La clause, *jusqu'à l'extinction des mâles*, assure par conséquent aux filles leur droit à la succession ; mais elle ne peut pas intervertir l'ordre légal de cette succession. Le contraire ne conduirait qu'aux plus grandes absurdités ».

» On vous a dit, MM., que l'opinion combattue par tous ces auteurs, avait prévalu dans la ci-devant chambre impériale de Wetzlaer. Mais vous allez juger de l'exactitude de cette assertion. — Runde, dans ses *principes du droit civil d'Allemagne*, §. 664, dit : « D'après plusieurs décisions des tribunaux suprêmes d'Allemagne, on peut regarder comme dénuées de tout fondement les prétentions des héritiers appelés *heredes regredientes* ».

» Un publiciste plus moderne encore, le comte de Herzberg, dans son *Recueil de déductions*, pages 6, 39, 67 et 115, dit que ces mêmes prétentions ne sont pas moins contraires à l'usage général de l'Allemagne, qu'en opposition avec le droit commun, qui défère toute espèce de succession au plus proche parent du dernier possesseur.

» Et remarquez même que la *déduction* dans laquelle s'exprimait ainsi ce jurisconsulte, était relative à la succession allodiale de l'avant dernier électeur de Bavière, dans laquelle notre question, agitée avec le plus grand appareil, fut décidée contre le système du demandeur. Ecoutons Danz, en son commentaire sur le traité déjà cité de Runde, tome, 7, page 451. — « Les difficultés qui se sont élevées dans la maison électorale de Bavière, sur la succession allodiale du dernier duc de Bavière, nous offrent un exemple plus récent encore d'une discussion assez sérieuse des droits des héritiers qui réclament une partie de la succession à titre de reversion (*Regredient-Erben*). — Le dernier électeur de Bavière ne laissa, au moment de son décès, qu'une sœur, Marie-Antoinette, électrice douairière de Saxe. Déjà en 1776, elle avait fait en faveur de son fils aîné, l'électeur régnant de Saxe, cession de tous les droits qu'elle prétendait avoir sur la succession allodiale de la maison de Bavière. Après le décès de l'électeur de Bavière, l'électeur de Saxe en fit part à plusieurs puissances étrangères, aux Etats de l'empire, et notamment à l'empereur et à l'impératrice reine Marie-Thérèse ; mais la réponse qu'il reçut de Vienne, n'était pas tout à-fait conforme à ses désirs. Le prince de Kaunitz

Source : BIU Cujas

remit, le 23 janvier 1778, au ministre de l'électeur de Saxe près la cour de Vienne, une note par laquelle il prétendait que, s'agissant de la succession allodiale, on ne devait pas donner la préférence à la princesse la plus proche dans la ligne collatérale; qu'on devait au contraire examiner combien de princesses qui, à des époques plus reculées, avaient renoncé à la succession en faveur des descendans mâles par mâles, survivaient encore dans leur postérité, et laquelle d'entre elles était, en sa qualité de princesse aînée de la maison, dans le cas de réclamer, à titre de réversion, les biens qu'elle avait abandonnés à la ligne masculine. Telles étaient, suivant la note officielle communiquée par le prince de Kaunitz, la princesse Anne de Bavière, fille d'Albert V, duc de Bavière, et épouse de l'archiduc Charles d'Autriche, et la princesse Marie-Anne, fille de Guillaume V, duc de Bavière et épouse de l'empereur Ferdinand III. Ces deux princesses, disait-on, n'ont renoncé à la succession qu'en faveur des descendans mâles par mâles, sous la réserve expresse de la réversion pour elles et pour leurs héritiers et descendans, dans le cas où la ligne masculine viendrait à s'éteindre. Or, l'impératrice-reine Marie-Thérèse descendait de ces deux princesses, dont la première était la fille du fondateur de la primogéniture dans la maison de Bavière. On observait enfin que l'électrice de Saxe, après avoir renoncé à la succession, ne pouvait également en demander une part qu'en vertu de la réserve, et que par conséquent elle n'avait pas le droit d'en exclure les descendans des princesses dont les droits, fondés sur un titre de la même nature et teneur, étaient plus anciens. — L'électeur de Saxe répondit à cette note par un mémoire imprimé dans le courant du mois de septembre 1778. — Quelque temps après, le duc de Wirtemberg éleva des prétentions semblables à celles de la maison d'Autriche, et les fit développer dans deux mémoires : le premier, en langue allemande et française, fut imprimé en 1778; le second, qui fut distribué à la diète de l'Empire, est de 1779. Le duc de Wirtemberg faisait dériver ses droits, de la princesse Elise, fille de l'empereur Louis IV, qui, en 1362, avait épousé en secondes nôces le comte Ulric III de Wirtemberg; il les faisait également dériver d'une autre princesse Elise, fille du duc Henri de Bavière-Landshut, qui avait épousé, en 1445, le comte Ulric VIII de Wirtemberg; c'était comme descendant de ces deux princesses, que le duc de Wirtemberg réclamait une partie de la succession allodiale à titre de réversion.—La cour de Berlin se déclara pour l'électeur de Saxe. Elle posa en principe qu'après l'extinction de la ligne masculine, le droit de succéder appartient à la plus proche parente du dernier possesseur. La déclaration du roi de Prusse donnée à Berlin le 3 juillet 1778, renferme entre autres, à la page 19, le passage suivant: *Si le roi de Prusse voulait élever des prétentions fondées sur le prétendu droit de réversion, il ne lui en manquerait pas de titre, pas plus qu'à l'imperatrice-reine, puisqu'il descend également de la princesse Elise de Bavière, épouse de l'électeur de Brandebourg Frédéric I. Les maisons de Bourbon, de Wirtemberg et autres qui descendent également d'une ou de plusieurs princesses de Bavière, pourraient faire la même prétention. Et alors l'affaire serait tellement compliquée, que ni les jurisconsultes ni les tribunaux qui voudraient adopter ce droit de réversion*, CONTRE L'OPINION GÉNÉRALEMENT REÇUE, *ne seraient en état de régler le partage, puisqu'on devrait, en ce cas, déterminer quelles étaient les possessions et les acquêts de la maison de Bavière à chaque époque du mariage d'une de ses princesses. Cette seule réflexion suffirait pour faire sentir que le système de ceux qui veulent régler la succession d'après un autre principe que celui de la proximité des degrés de parenté, est inexécutable.* — La convention conclue entre la maison de Saxe et de Bavière, qui fait partie du traité de Teschen, signé le 13 mai 1779, nous indique à la fin laquelle des deux opinions a prévalu. Par l'art. 3 de cette convention, l'électrice douairière de Saxe fut reconnue seule héritière allodiale de la maison de Bavière; et au fond, l'électeur de Bavière prit l'engagement de payer à cet effet et pour toute la succession allodiale, à l'électeur de Saxe, une somme de six millions de florins, monnaie de l'Empire. Il n'est pas question dans ce traité du droit de réversion réclamé par la maison d'Autriche, ni de celui de la maison de Wirtemberg. — Voilà donc un nouvel exemple, où les puissances étrangères, plusieurs cours d'Allemagne, et même tout l'Empire germanique ont reconnu que la fille du dernier possesseur ou la parente la plus proche exclut celles qui réclament la succession à titre de réversion ». — Tels sont les propres termes de Zans.

» C'est donc bien injustement que le demandeur reproche à la cour d'appel de Liège, d'avoir frondé par son arrêt, et les usages allemands, et la jurisprudence des tribunaux allemands, et la doctrine de tous les jurisconsultes allemands.

» Mais quand ces usages, quand cette jurisprudence, quand cette doctrine seraient tels que vous l'assure le demandeur; disons plus, quand les lois romaines seraient aussi conformes à ces prétendus usages, à cette prétendue jurisprudence, à cette prétendue doctrine, qu'elles y sont réellement opposées, le demandeur pourrait-il s'en faire ici un moyen de cassation ?

» Sans doute, vous n'hésiteriez pas à casser un arrêt qui, sur une question née dans les parties ci-devant allemandes de l'Empire français, antérieurement au Code Napoléon, contreviendrait à des lois romaines auxquelles un usage constant n'aurait pas dérogé, et à plus forte raison à des lois romaines qui auraient été consacrées par une longue jurisprudence. Mais dans l'hypothèse à laquelle nous voulons bien nous prêter en ce moment,

Source : BIU Cujas

l'arrêt qui vous est dénoncé, n'aurait contrevenu ni aux lois romaines ni aux usages réclamés par le demandeur; il aurait seulement jugé que ces lois, ces usages, sont sans application à une espèce où le fondateur du fidéicommis a lui-même établi, pour le cas d'extinction de la ligne masculine des substitués, un ordre particulier de succession aux biens qu'il leur avait transmis; il aurait seulement jugé que ces lois, ces usages doivent fléchir devant les art. 2 et 3 de l'acte du 10 décembre 1696, qui, encore une fois, entendus comme la cour d'appel de Liège a dû les entendre d'après la traduction qu'elle en avait sous les yeux, manifestent clairement l'intention du fondateur du fidéicommis d'appeler les filles du dernier possesseur à l'exclusion des descendans de sa propre fille.

» Il n'y a donc qu'erreur et paralogisme dans les trois propositions sur lesquelles portent tous les moyens de cassation qui vous sont proposés dans cette affaire; et par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur ».

Par arrêt du 19 mai 1808, au rapport de M. Pajon, — « Attendu que toutes les ouvertures de cassation alléguées par le demandeur, ne sont fondées que sur la supposition d'une volonté présumée de la part de Philippe-Charles de Hochsteden, d'avoir voulu appeler les descendans de sa fille, à défaut de mâles de son nom et de sa race, à recueillir le fidéicommis dont il s'agissait; et que l'arrêt attaqué a pu décider le contraire, comme il l'a fait, sans violer aucune des lois citées, qui ne sont applicables qu'au seul cas où il y aurait du doute sur la volonté de l'instituant; — La cour rejette....».

§. VI. *État actuel de la législation française sur les Majorats.*

I. L'art. 896 du Code Napoléon semblait, d'après la première rédaction qui en avait été décrétée par le corps législatif, le 13 floréal an 11, avoir proscrit à jamais les Majorats.

Mais le sénatus-consulte du 28 floréal an 12, en érigeant la France en monarchie impériale, a dû changer, et a changé en effet, toutes les idées sur cette matière.

De là, les décrets impériaux du 30 mars, et le sénatus-consulte du 14 août 1806, que nous avons rapportés sous le mot *Duc*, n. 6.

De là encore l'exception par laquelle l'art. 896 du Code Napoléon, tel qu'il a été décrété de nouveau le 3 septembre 1807, limite en ces termes la prohibition qu'il fait des substitutions fidéicommissaires: « Néanmoins les biens libres forment la dotation d'un titre héréditaire que l'Empereur aurait érigé en faveur d'un prince ou d'un chef de famille, pourront être transmis héréditairement, ainsi qu'il est réglé par l'acte impérial du 30 mars 1806, et par le sénatus-consulte du 14 août suivant ».

De là enfin, le décret impérial du 1er mars 1808, concernant les Majorats. Voici comment il est conçu :

« Napoléon...., Nos décrets du 30 mars 1806 et le sénatus-consulte du 14 août de la même année, ont établi des titres héréditaires avec transmission des biens auxquels ils sont affectés. — L'objet de cette institution a été, non seulement d'entourer notre trône de la splendeur qui convient à sa dignité, mais encore de nourrir au cœur de nos sujets une louable émulation, en perpétuant d'illustres souvenirs, et en conservant aux âges futurs l'image toujours présente des récompenses qui, sous un gouvernement juste, suivent les grands services rendus à l'État. — Désirant de ne pas différer plus long-temps les avantages assurés par cette grande institution, nous avons résolu de régler, par ces présentes, les moyens d'exécution propres à l'établir et à garantir sa durée. — La nécessité de conserver dans les familles, les biens affectés au maintien des titres, impose l'obligation de les excepter du droit commun, et de les assujettir à des règles particulières qui, en même temps qu'elles en empêcheront l'aliénation ou le démembrement, préviendront les abus, en donnant connaissance à tous nos sujets de la condition dans laquelle ces biens sont placés. — En conséquence, et comme l'art. 8 du sénatus-consulte du 14 août 1806 porte qu'il sera pourvu, par des règlemens d'administration publique, à l'exécution dudit acte, et notamment en ce qui touche la jouissance et conservation, tant des propriétés réversibles à la couronne, que des propriétés substituées en vertu de l'article ci-dessus mentionné, nous avons résolu de déterminer les principes de la formation des Majorats, soit qu'elle ait lieu à raison des titres que nous aurons conférés, soit qu'elle ait pour objet des titres dont notre munificence aurait, en tout ou en partie, composé la dotation. — Nous avons voulu aussi établir les exceptions qui distinguent les Majorats des biens régis par le Code Napoléon, les conditions de leur institution dans les familles et les devoirs imposés à ceux qui en jouissent. — A ces causes, vu nos décrets du 30 mars et le sénatus-consulte du 14 août 1806, notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et ordonné, décrétons et ordonnons ce qui suit :

» Tit. 1. *Des formes à suivre de la part de ceux qui sont autorisés à transmettre leur titre, en formant un Majorat.* Sect. 1. *Composition des Majorats; forme et examen de la demande en institution.* — Art. 1. Il ne pourra entrer dans la formation d'un Majorat que des immeubles libres de tous privilèges et hypothèques, et non grevés de restitution en vertu des art. 1048 et 1049 du Code Napoléon.

» 2. Les rentes sur l'Etat et les actions de la banque de France pourront être admises dans la formation d'un Majorat, toutes les fois qu'elles auront été immobilisées, savoir, les actions de la banque, en la manière prescrite par l'art. 7 de notre décret du 16 janvier dernier (*V. Meuble*, n. 6);

Source : BIU Cujas

et les rentes, dans la forme réglée par les articles suivans.

» 3. Les rentes seront immobilisées par la déclaration que fera le propriétaire, dans la même forme que pour les transferts de rentes.

» 4. Les rentes ainsi immobilisées continueront à être inscrites sur le grand livre de la dette publique pour mémoire, avec déclaration de l'immobilisation, et seront en outre portées sur un livre particulier.

» 5. Les extraits d'inscriptions qui en seront délivrés, ainsi que des actions sur la banque de France, porteront un timbre qui annoncera qu'elles sont affectées à un Majorat.

» 6. La portion du revenu d'un Majorat qui sera en rentes sur l'État ou en actions de la banque, sera soumise à une retenue annuelle d'un dixième, qui sera successivement, chaque année, replacée en rentes sur l'État, ou en actions de la banque, au profit du titulaire du Majorat et des appelés après lui. Ces rentes ou actions seront également immobilisées.

» Sect. 2. *Des Majorats formés par ceux qui ont la faculté de transmettre leur titre.* — Art. 7. Ceux de nos sujets auxquels les titres de *duc*, de *comte*, de *baron*, sont conférés de plein droit (*V. Noblesse*, §. 8, n. 3), et qui voudront profiter de la faculté de rendre leur titre transmissible, en formant un Majorat, adresseront, à cet effet, une requête à notre cousin le prince archichancelier de l'Empire.

» 8. La demande sera motivée. Elle énoncera, — 1° La nature et la durée des fonctions qui rendent le requérant capable d'instituer un Majorat; 2° l'espèce de Majorat pour lequel la demande est formée; 3° les biens que le requérant se propose d'affecter à sa formation; 4° le produit de ces biens; 5° le certificat du conservateur, portant qu'ils ne sont grevés d'aucune hypothèque ni privilège; 6° le nombre des enfans vivans de celui qui forme la demande, avec distinction des mâles et des filles. — 2° Le produit des biens sera justifié, s'ils consistent en immeubles, 1° par des baux, formant ensemble une durée de vingt-sept ans, 2° par l'extrait du rôle des impositions. A défaut de baux, le requérant produira un état estimatif des revenus, et un acte de notoriété donné devant le juge de paix ou un notaire, par sept notables de l'arrondissement où les biens sont situés, et constatant la commune renommée. — Toutes ces pièces seront jointes à la requête.

» 10. L'archichancelier fera transcrire la demande sur un registre par le secrétaire général du conseil mentionné ci-après, et délivrer au requérant un bulletin d'enregistrement.

» 11. L'archichancelier procèdera à l'examen de la demande, assisté d'un conseil nommé par nous, et composé ainsi qu'il suit: — Trois sénateurs, deux conseillers d'état, un procureur général, un secrétaire général. — Ce conseil sera dénommé *conseil du sceau des titres*. — Le secrétaire général tiendra registre des délibérations et en sera dépositaire.

» 12. Ce conseil délibèrera à la majorité, après avoir entendu le rapport du procureur général fait sur la requête et les pièces jointes. — S'il ne se trouve pas suffisamment éclairé, notre cousin l'archichancelier pourra ordonner qu'il sera pris de nouveaux renseignemens à la diligence du procureur général, qui correspondra à cet effet avec les magistrats, fonctionnaires et particuliers.

» 13. Aussitôt la demande enregistrée, notredit cousin donnera un acte indicatif des biens proposés pour former le Majorat. — En vertu de cet acte, et à compter de la quinzaine expirée après sa transcription aux bureaux des hypothèques de la situation des biens, les biens qui y sont désignés deviendront inaliénables pendant un an, et ne pourront être frappés ni de privilège, ni d'hypothèque, ni des charges mentionnées dans les art. 1048 et 1049 du Code Napoléon, ni d'aucune condition qui en diminuerait la propriété ou le produit. — La transcription aura lieu à la diligence du procureur général du sceau des titres, sur les registres du conservateur des hypothèques, lequel sera tenu de donner avis au procureur général des inscriptions ou transcriptions qui auraient pu survenir jusqu'à l'expiration de ladite quinzaine. — En même temps que le procureur général du sceau fera faire la transcription pour purger les hypothèques judiciaires et conventionnelles, il fera aussi ses diligences pour purger ou connaître les hypothèques légales, selon les formes voulues par les lois; et il en sera certifié par lui avant la délivrance de l'avis dont il sera parlé à l'article suivant.

» 14. Si l'avis est favorable à la demande, notre cousin l'archichancelier nous présentera, avec la requête, les pièces jointes et ledit avis, un projet de décret conférant le titre demandé et autorisant la formation du Majorat.

» 15. Quand le conseil sera d'avis que les biens proposés ne remplissent pas les conditions ordonnées pour la formation des Majorats, la requête, les pièces produites à l'appui, et ledit avis, seront mis sous nos yeux par l'archichancelier. — Si nous approuvons l'avis du conseil, la requête et les pièces seront rendues au requérant par le secrétaire général. — Ladite remise sera mentionnée au registre, et le procureur général adressera aux conservateurs des hypothèques de la situation des biens, une réquisition en vertu de laquelle toute transcription sera rayée.

» 16. Lorsque nous aurons signé le décret, la requête et les pièces à l'appui seront déposées aux archives du sceau des titres avec une expédition du décret.

» Sect. 3. *Délivrance, publication et enregistrement des lettres-patentes.* Art. 17. Sur la demande de l'impétrant, il lui sera expédié des lettres-patentes.

» 18. Il sera tenu, à cet effet, de verser à la caisse de la légion d'honneur une somme égale au cin-

Source : BIU Cujas

quième d'une année des revenus du Majorat. — Moitié de cette somme appartiendra à la légion d'honneur; l'autre moitié sera affectée aux frais du sceau.

» 19. Les lettres-patentes seront rédigées sur parchemin, revêtues de notre grand sceau.

» 20. Elles énonceront, 1° les motifs de la distinction que nous aurons accordée; 2° le titre affecté par nous au Majorat; 3° les biens qui en forment la dotation; 4° les armoiries et livrée accordées à l'impétrant.

» 21 Les lettres-patentes seront transcrites en entier sur un registre spécialement consacré à cet usage, et qui demeurera déposé aux archives du conseil du sceau des titres. Il sera fait mention du tout sur lesdites lettres-patentes, par le secrétaire général du sceau des titres.

» 22. Notre cousin l'archichancelier de l'Empire, d'après nos ordres, se rendra au sénat, pour, conformément à l'art. 7 du sénatus-consulte du 14 août 1806, donner communication de nos lettres-patentes, et les faire transcrire sur les registres.

» 23. Les lettres-patentes seront, à la diligence tant du procureur général que de l'impétrant, et sur le réquisitoire du ministère public, publiées et enregistrées à la cour d'appel et au tribunal de première instance du domicile de l'impétrant, et de la situation des biens affectés au Majorat. — Le greffier de chacune de ces cours et tribunaux fera mention, sur l'original des lettres, de la publication à l'audience et de la transcription sur les registres. — Elles seront, en outre, insérées en entier au Bulletin des lois, et transcrites sur le registre du conservateur des hypothèques de la situation des biens.

» 24. Les frais de publication et d'enregistrement sont à la charge de l'impétrant.

» Tit. 2. *Des formes à suivre pour les Majorats créés, soit de propre mouvement, soit sur la demande de ceux qui n'ont pas le droit de requérir la transmission.* Sect. 1. *Majorats de propre mouvement.* Art. 25. Lorsque la totalité de la dotation du titre aura été accordée par nous, notre décret et l'état des biens affectés au Majorat, seront adressés à notre cousin l'archichancelier, lequel, sur la poursuite de l'impétrant, fera expédier les lettres-patentes. Dans le mois de leur expédition, les lettres seront enregistrées, publiées et transcrites, ainsi qu'il est ordonné par les art. 21 et 22.

» 26. Lorsque la dotation du titre aura été faite en tout ou en partie par le titulaire, les lettres-patentes ne pourront être expédiées qu'après la vérification des dispositions prescrites en la sect. 2 du tit. 2 du présent décret, et lorsqu'elles auront été accomplies.

» Sect. 2. *Majorats sur demande.* Art. 27. Ceux de nos sujets qui désireront d'instituer dans leur famille un Majorat, conformément à la faculté établie par l'art. 5 du sénatus-consulte du 14 août 1806, nous adresseront directement une requête à cet effet.

» 28. Cette requête sera motivée; elle contiendra, outre l'énoncé des services du requérant et de sa famille, les différentes déclarations prescrites par l'art. 8.

» 29. Lorsque la demande nous paraîtra susceptible d'être prise en considération, la requête et les pièces à l'appui seront renvoyées à notre cousin l'archichancelier, qui les fera examiner par le conseil du sceau des titres, suivant les formes prescrites aux art. 10, 11 et 12.

» 30. L'archichancelier nous présentera les conclusions du procureur général et l'avis du conseil, non seulement sur les moyens de formation du Majorat, mais encore sur les services, les mœurs et la vie honorable du requérant et de sa famille.

» 31. L'archichancelier, d'après nos ordres, nous présentera, s'il y a lieu, le projet de décret tendant à l'institution du Majorat, aux conditions qu'il nous plaira d'imposer.

» 32. Dans le cas où la demande serait rejetée, l'archichancelier ordonnera la remise des pièces au requérant, avec mention de ladite remise aux registres.

» 33. Lorsque la demande sera accordée, l'archichancelier fera expédier les lettres-patentes. S'il nous a plu d'imposer des conditions, l'archichancelier, avant l'expédition des lettres-patentes, nous rendra compte de leur accomplissement.

» 34. Les formes à suivre pour la délivrance, la publication et l'enregistrement des lettres-patentes, seront celles prescrites au tit. 1er, sect. 3.

» Tit. 3. *Des effets de la création des Majorats.* Sect. 1. *Des effets de la création des Majorats, quant aux personnes.* Art. 35. Le titre qu'il nous aura plu d'attacher à chaque Majorat, sera affecté exclusivement à celui en faveur duquel la création aura eu lieu, et passera à sa descendance légitime, naturelle ou adoptive, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture.

» 36. Toutefois aucun de nos sujets, revêtu d'un titre, ne pourra adopter un enfant mâle suivant les règles déterminées par le Code Napoléon, ou transmettre le titre qui lui sera accordé ou échu à un enfant adopté avant qu'il soit revêtu de ce titre, si ce n'est avec notre autorisation, énoncée dans nos lettres-patentes délivrées à cet effet. — Celui qui voudra obtenir ladite autorisation, se pourvoira devant notre cousin le prince archichancelier, qui prendra à cet égard nos ordres.

» 37. Ceux de nos sujets auxquels les titres de *duc*, de *comte*, de *baron* ou *chevalier*, seront conférés de plein droit, ou ceux qui auront obtenu en leur faveur la création d'un Majorat, prêteront dans le mois, le serment suivant: « Je jure d'être fidèle à l'Empereur et à sa dynastie, d'obéir aux constitutions, lois et règlemens de l'Empire, de servir Sa Majesté en bon, loyal et fidèle sujet, et d'élever mes enfans dans les mêmes sentimens de fidélité et d'obéissance, et de marcher à la défense de la patrie toutes les fois que le territoire sera menacé, ou que Sa Majesté irait à l'armée ».

Source : BIU Cujas

» 38. Le même serment sera prêté, dans les trois mois, par ceux qui seront appelés à recueillir un Majorat.

» 39. Les ducs prêteront le serment entre nos mains, et nous seront présentés par l'archichancelier. — Les comtes, les barons et les chevaliers le prêteront entre les mains de celui ou de ceux que nous aurons désignés à cet effet.

» Sect. 2. *De l'effet de la création des Majorats, relativement aux biens qui les composent*, §. 1. *De la condition des biens.* Art. 40. Les biens qui forment les Majorats, sont inaliénables ; ils ne peuvent être engagés ni saisis. — Néanmoins, les enfans du fondateur qui ne seraient pas remplis de leur légitime sur les biens libres de leur père, pourront en demander le complément sur les biens donnés par le père pour la formation du Majorat.

» 41. Tout acte de vente, donation ou autre aliénation de ces biens par le titulaire, tout acte qui les frapperait de privilège ou d'hypothèque, tout jugement qui validerait ces actes, hors les cas ci-après exprimés, sont nuls de plein droit.

» 42. La nullité des jugemens sera prononcée par notre conseil d'état dans la forme réglée par nos décrets des 11 juin et 22 juillet 1806, relatifs aux affaires du contentieux de l'administration, soit à la diligence du titulaire du Majorat, soit sur la réquisition du procureur général du sceau des titres.

» 43. Défendons aux notaires de recevoir les actes énoncés en l'art. 41, aux préposés de l'enregistrement de les enregistrer, aux juges d'en prononcer la validité.

» 44. Défendons pareillement à tous agens de change, sous peine de destitution, même de peines plus graves, s'il y échet, de tous dommages-intérêts des parties, de négocier directement ni indirectement les inscriptions et actions de la banque marquées du timbre établi par l'art. 5.

» 45. Les biens des Majorats ne pourront être grevés d'aucune hypothèque légale ni judiciaire.

» 46. Toutefois, si en vertu d'une hypothèque légale acquise antérieurement aux formalités dont il est parlé à l'art. 13, et non purgée ou remplie aux termes du Code Napoléon, il y avait lieu à diminution de la valeur des biens du Majorat, le titulaire devra, s'il en est requis, compléter ou remplacer les fonds affectés à son titre, et qui en auraient été retranchés par l'effet de ladite hypothèque.

» §. 2. *De la jouissance des biens.* Art. 47. La jouissance des biens suivra le titre sur toutes les têtes où il la fixera, d'après les dispositions de l'art. 34.

» 48. Au décès du titulaire, soit qu'il laisse une postérité mâle, soit que, faute de postérité mâle, le Majorat se trouve éteint ou transporté hors de la descendance masculine, sa veuve aura droit à une pension qui sera prise sur le revenu des biens affectés au Majorat.

» 49. Cette pension sera de la moitié du produit, si le Majorat est éteint ou transféré, et du tiers, si le Majorat subsiste encore ; dans ce dernier cas, la pension ne sera due, 1° qu'autant que la veuve ne trouvera pas dans ses biens personnels, un revenu égal à celui que la pension lui eût donné, 2° qu'autant qu'elle restera en viduité ou ne se remariera qu'avec notre permission.

» 50. Le titulaire du Majorat sera tenu, 1° d'acquitter les impositions et autres charges réelles ; 2° d'entretenir les biens en bon père de famille ; 3° de payer la pension de la veuve du titulaire précédent ; 4° de payer les dettes de ce titulaire, pour lesquelles, aux termes de l'art. 52, les revenus auraient pu être délégués, sans néanmoins que le titulaire actuel soit obligé d'y employer plus du tiers du produit des biens, pendant les deux premières années de sa jouissance ; 5° de payer, à défaut d'autres biens suffisans, les dettes de la nature de celles qui sont énoncées dans l'art. 2101 du Code Napoléon, et qui auraient été laissées par les père et mère décédés du titulaire actuel. — Ces paiemens ne sont forcés que jusqu'à concurrence d'une année de revenu.

» 51. Les revenus du Majorat sont insaisissables hors le cas et les proportions où ils auraient pu être délégués.

» 52. Ils ne pourront être délégués que pour les dettes privilégiees indiquées par l'art. 2101 du Code Napoléon, et par les n°s 4 et 5 de l'art. 2103 ; mais la délégation ne sera permise, pour cette dernière cause, qu'autant que les réparations n'excèderont pas celles qui sont à la charge des usufruitiers. — Dans l'un ni dans l'autre cas, la délégation ne pourra avoir lieu que jusqu'à concurrence de la moitié du revenu.

» 53. S'il survient des cas qui exigent des travaux ou des réparations considérables aux édifices ou propriétés composant le Majorat, et excédant les sommes dont la disposition est ci-dessus autorisée, il y sera pourvu, s'il y a lieu, par un décret rendu par nous en conseil d'état, sur la demande du titulaire et l'avis du conseil du sceau des titres.

» Tit. 4. *De l'autorisation d'aliéner les biens affectés aux Majorats ; des formes de cette aliénation, et du remploi.* Sect. 1. *De l'autorisation d'aliéner les biens affectés à un Majorat.* Art. 54. Nous nous réservons d'autoriser, et même d'ordonner, quand les circonstances nous paraîtront l'exiger, l'aliénation des biens situés hors de notre Empire, et affectés par nous à la dotation d'un titre, pour être remplacés par des biens situés en France.

» 55. Les personnes revêtues des titres dont il est parlé à l'article précédent, auront aussi la faculté de demander l'aliénation et le remploi.

» 56. Pourront les titulaires qui auront formé eux-mêmes la dotation, obtenir, s'il y a nécessité ou utilité, l'autorisation de changer, en tout ou en partie, les biens qui la composent.

» 57. Dans l'un et dans l'autre cas, les titulaires

Source : BIU Cujas

adresseront leur demande avec les pièces justificatives exigées par l'art. 8, à l'archichancelier de l'Empire, qui prendra nos ordres, pour la faire examiner, s'il y a lieu, par le conseil du sceau des titres.

» 58. Le conseil procèdera sur la demande en la forme prescrite par l'art. 12. — Si son avis est favorable, l'archichancelier nous présentera, avec ledit avis et le rapport du procureur général, un projet de décret tendant à autoriser l'aliénation ou l'échange, spécifiant le mode et les conditions de la vente, et ordonnant, s'il y a lieu, le dépôt du prix à la caisse d'amortissement, jusqu'à l'accomplissement dudit remploi.

» 59. La vente pourra être faite de gré à gré, ou aux enchères.

» 60. Jusqu'à ce qu'elle soit consommée, le titulaire continuera de percevoir les revenus du Majorat.

» 61. L'impétrant soumettra au conseil du sceau des titres le projet, soit de vente, soit d'échange, ou le cahier des charges.

» 62. Le conseil, après avoir pris les renseignemens nécessaires, donnera, sur les conclusions du procureur général, son avis, qui nous sera présenté par l'archichancelier.

» 63. Quand nous croirons devoir approuver l'avis, il sera expédié des lettres-patentes, lesquelles seront délivrées, enregistrées, publiées et transcrites, ainsi qu'il est dit au tit. 1er. — Dès ce moment, les biens dont l'aliénation sera permise, rentreront dans le commerce.

» 64. Le contrat de vente ou d'échange, ou l'adjudication, aura lieu en présence du procureur général du conseil du sceau des titres, ou de son délégué.

» 65. Toute adjudication, vente ou échange dans lesquels quelques unes des formalités établies dans les articles précédens de la présente section, n'auront pas été observées, seront nuls et de nul effet.

» 66. Les nullités seront prononcées par notre conseil d'état, qui statuera dans les formes prescrites par nos décrets des 11 juin et 22 juillet 1806, sur la poursuite du procureur général. — Défendons à nos cours et tribunaux d'en connaître.

» 67. L'acquéreur devra de plein droit au titulaire les intérêts du prix jusqu'au paiement, encore qu'ils n'eussent pas été stipulés, et sans qu'il soit besoin de jugement. — Il ne sera libéré qu'en versant le prix, aux termes convenus dans la caisse d'amortissement, qui en paiera l'intérêt au titulaire.

» Sect. 2. *Du remploi du prix des biens aliénés.* Art. 68. Le remploi du prix des biens aliénés sera fait dans les six mois de l'aliénation, en biens de la nature de ceux qui, suivant les art. 1 et 2 du présent décret, doivent former les Majorats. — Il sera effectué dans les formes et de la manière suivante.

» 69. Le titulaire, s'il se propose de faire le remploi en immeubles réels, présentera au conseil du sceau des titres, — 1° L'état des biens qu'il désire d'acquérir; — 2° Les titres qui en constatent la propriété et la valeur; — 3° Les pièces qui en justifient le produit; — 4° Et, s'il y a lieu, les conditions de la vente.

» 70. Le conseil, après avoir pris les renseignemens nécessaires, formera son avis qui nous sera présenté par l'archichancelier, pour être par nous définitivement statué ainsi qu'il appartiendra.

» 71. Dans le cas où nous ne jugerions pas à propos d'autoriser l'acquisition, nous nous réservons de proroger le terme qui est accordé au titulaire pour trouver un remploi. — Dans le cas contraire, notre décret approbatif sera revêtu de lettres-patentes, lesquelles seront délivrées, enregistrées, publiées et transcrites ainsi qu'il est dit au tit. 1er.

» 72. Les biens admis en remploi, prendront la nature et la condition qu'avaient les biens qu'ils remplaceront avant qu'ils eussent été mis dans le commerce.

» 73. Lorsqu'aux termes du décret d'aliénation, ou par un décret subséquent, le remploi aura été permis, soit en rentes sur l'État, soit en actions de la banque, le ministre du trésor public ou le gouverneur de la banque donnera au titulaire qui aura fait l'acquisition des rentes ou des actions pour le montant du remploi, déclaration de leur immobilisation, suivant les formes prescrites en la sect. 1ere du tit. 1er. — Un double de cette déclaration sera déposé aux archives du sceau pour être joint à l'état des biens du Majorat; et, sur la représentation de l'autre double, le directeur de la caisse d'amortissement effectuera le paiement jusqu'à concurrence de la valeur desdites rentes ou actions, au cours du moment de leur acquisition.

» Tit. 5. *Dispositions générales.* Art. 74. Conformément à l'art. 6 du sénatus-consulte du 14 août 1806, les propriétés possédées en Majorat, n'auront et ne confèreront à ceux en faveur desquels ils sont érigés, aucun privilège, relativement à nos autres sujets et à leurs propriétés. — En conséquence, les titulaires demeureront soumis aux lois civiles et criminelles, et à toutes les lois qui régissent nos États, en tant qu'il n'y est point dérogé par ces présentes; ils supporteront les contributions personnelles, mobilières, immobilières, directes et indirectes, dans la même proportion que les autres citoyens.

» 75. Si la descendance masculine et légitime d'un titulaire qui aura fourni les biens composant la dotation, vient à s'éteindre, le titre demeurera supprimé; les biens affectés au Majorat, deviendront libres dans la succession du dernier titulaire, et seront recueillis par ses héritiers. Nous nous réservons cependant, suivant les circonstances, et sur la demande du titulaire, de transporter le titre et le Majorat sur la tête de l'un de ses gendres, ou, s'il n'a pas d'enfans, de l'un de ses héritiers collatéraux, sans que la présente disposition puisse

Source : BIU Cujas

préjudicier aux droits de légitime qui pourraient être dus sur les biens composant la dotation.

» 76. Lorsque la dotation du Majorat aura été, en tout ou en partie, accordée par nous, avec condition de retour dans le cas d'extinction de la descendance masculine et légitime, le cas y échéant, la condition s'accomplira sur ces biens, ou sur ceux qui auraient pu être acquis en remploi; et notre procureur général au conseil du sceau des titres, nos procureurs généraux près les cours, nos procureurs près les tribunaux et nos agens du domaine, en surveilleront l'exécution ».

II. L'instruction des demandes en création de Majorats, est réglée en ces termes, par un décret impérial du 24 juin 1808 :

« *Art.* 1. Les demandes en création de Majorats, formées en vertu de l'art. 7 de notre deuxième statut, du 1er mars 1808, celles en aliénation et en remploi, et en général, toutes les demandes relatives aux Majorats, et susceptibles d'être examinées au conseil du sceau des titres, soit directement, soit d'après le renvoi que nous en aurons fait, seront formées, instruites et suivies par le ministère de l'un des avocats à notre conseil d'état. — Il en sera de même des affaires contentieuses, sur lesquelles le conseil du sceau des titres serait appelé à délibérer.

» 2. Seront également fournis par le ministère des avocats au conseil, les renseignemens que le procureur général du conseil du sceau des titres pourrait demander à l'impétrant ou au titulaire, et les justifications que les uns et les autres sont tenus de faire, sans néanmoins qu'il soit dérogé à l'art. 12 de notre deuxième statut, en ce qui concerne la correspondance du procureur général, avec les autorités locales, pour ces mêmes objets.

» 3. Lorsque la dotation d'un titre aura été accordée par nous, soit en totalité, soit en partie, et qu'il s'agira de procéder à l'acte de constitution des biens affectés au Majorat, le titulaire sera assisté de l'un des avocats à notre conseil, ou pourra même se faire représenter par lui, avec l'autorisation de notre cousin le prince archichancelier de l'Empire. — Dans ce dernier cas, le titulaire sera tenu de fournir une procuration spéciale, contenant pouvoir à l'avocat qu'il aura constitué, de se soumettre, en son nom, à l'accomplissement des conditions qu'il nous aurait plu d'imposer.

» 4. L'expédition et la délivrance de toutes lettres-patentes seront également poursuivies par le ministère des avocats au conseil, lesquels néanmoins ne pourront, en aucun cas, joindre le projet d'icelles à leur requête.

» 5. Lorsque les lettres-patentes contiendront l'institution d'un Majorat, le secrétaire général en délivrera une expédition certifiée par notre cousin l'archichancelier, à l'avocat constitué, lequel sera personnellement tenu de faire, au nom de l'impétrant, les diligences nécessaires pour l'enregistrement desdites lettres-patentes dans les cours d'appel et tribunaux de première instance, ainsi que pour leur transcription sur le registre du conservateur des hypothèques.

» 6. Si l'avocat constitué ne justifie point, dans le délai de deux mois, de l'enregistrement, en représentant à notre procureur général la copie certifiée des lettres-patentes, avec mention qu'elles ont été publiées et enregistrées, et de la transcription par le certificat du conservateur, il sera procédé à l'accomplissement desdites formalités, à la diligence du procureur général, aux frais de l'avocat constitué, sauf son recours contre son commettant.

» 7. Les dispositions des deux précédens articles sont applicables aux actes de constitution des biens affectés à un Majorat.

» 8. La constitution d'avocat et le dépôt des demandes, pièces et mémoires, seront faits au secrétariat du sceau des titres, dans la forme prescrite par l'art. 27 du règlement du 11 juin 1806, et par les art. 1, 2 et 5 du règlement du 22 juillet, sur les affaires contentieuses portées au conseil d'état.

» 9. Le secrétaire général du conseil du sceau des titres présentera à notre cousin l'archichancelier de l'Empire, les demandes qui doivent lui être adressées dans tous les cas prévus par nos deux statuts impériaux du 1er mars; et il fera le renvoi au procureur général, de l'ordre de notredit cousin, desdites requêtes, ainsi que des pièces et mémoires fournis par les impétrans ou par les titulaires, lorsqu'il y aura lieu à la communication.

» 10. Les droits des avocats au conseil, employés dans les cas énoncés au présent décret, seront les mêmes que ceux qui leur sont ou pourront être alloués pour les affaires qu'ils suivent au conseil d'état, jusqu'au règlement qui sera définitivement arrêté ».

III. Les droits d'enregistrement et de transcription des actes relatifs à l'institution des Majorats, et les droits de mutation auxquels les biens érigés en Majorat peuvent donner ouverture, sont ainsi déterminés par un autre décret impérial du 24 juin 1808 :

« *Art.* 1. L'acte indicatif des biens, déterminé par l'art. 13 de notre décret du 1er mars 1808, sera fait sur papier timbré, et enregistré. — Il ne sera payé pour l'enregistrement, que le droit fixe d'un franc; et pour la transcription aux hypothèques, que le salaire du conservateur.

» 2. Nos lettres-patentes portant institution de Majorats, devant être enregistrées dans nos cours et tribunaux, les ampliations qui en seront délivrées à cet effet, ne seront pas soumises au timbre ni à l'enregistrement. — Il sera perçu, — 1° Lors de leur enregistrement dans les cours d'appel, savoir, — Pour les Majorats-duchés, 72 fr.; — Pour les Majorats-comtés, 48 fr.; — Pour les Majorats-baronnies, 24 fr. — Les deux tiers du droit seront pour l'enregistrement, l'autre tiers pour le greffe. — Il ne sera payé pour l'enregistrement dans les tribunaux de première instance,

Source : BIU Cujas

que moitié du droit ci-dessus ; — 2° Lors de leur transcription aux registres des hypothèques, un droit égal à celui attribué au greffe des tribunaux de première instance pour l'enregistrement.

» 3. L'acte de constitution, ou le procès-verbal de désignation des biens composant les Majorats de propre mouvement, tant ceux dont la totalité de la dotation aura été accordée par nous, que ceux dont la dotation n'aura été faite par nous qu'en partie, sera sur papier timbré, et ne paiera aucun droit d'enregistrement. — La transcription aux registres des hypothèques ne sera assujettie qu'au salaire du conservateur; et l'enregistrement dans les cours et tribunaux, qu'au paiement des droits ordinaires de greffe.

» 4. Dans le cas où il serait tenu un procès-verbal d'acceptation des conditions qu'il nous plaira imposer, lors de l'érection d'un Majorat sur demande, il sera sur papier timbré et soumis à l'enregistrement fixe d'un franc.

» 5. Les actes portant acquisition d'immeubles, passés en conformité de nos ordres ou de notre autorisation, pour effectuer le remplacement en France, de propriétés situées hors de l'Empire, et les échanges des biens situés en France, seront assujettis aux mêmes droits d'enregistrement et d'hypothèques que les transactions de pareille nature entre particuliers.

» 6. Les mutations, par décès, des biens composant un Majorat, ne donneront ouverture qu'à un droit égal à celui qui est perçu pour les transmissions de simple usufruit en ligne directe; il sera à la charge du Majorat, et payé par l'appelé et la veuve, par proportion, sans qu'il puisse être réclamé contre la succession du titulaire décédé ».]]

* MAJORITÉ. C'est un terme dérivé du mot latin *major*, auquel on sous-entend toujours dans le droit romain, *viginti quinque annis*, parceque le droit romain fixe à vingt-cinq ans la capacité de disposer de son bien. Ainsi, on entend par majeur, une personne que la loi présume avoir acquis toute la maturité d'esprit et de jugement nécessaire pour se conduire dans ses affaires. En cela, *majeur* est opposé à *mineur*, que la loi présume au contraire n'avoir pas acquis les connaissances et la maturité suffisantes pour se diriger et administrer son bien.

§. I. *Ancien droit français sur la Majorité. Diversité des coutumes à cet égard. Lois et coutumes qui, pour certains effets, réputent majeurs ceux qui ne le sont pas encore.*

I. Autrefois, en France, la Majorité, ou, pour parler plus exactement, la capacité de disposer, était différente, suivant la nature des biens et la qualité des personnes. C'est ce que nous apprend Jean Desmares, dans sa décision 249 : « enfans de pooste sont âgiés à quatorze ans, puisqu'ils sont mâles, et les pucelles sont âgiées à douze ans; mais ceux qui sont nobles, sont âgiés à vingt-un ans, quant à choses nobles et feudataires; et quant à celles qui sont tenues en villénage, à quatorze ans ». — Si cet auteur ne distingue pas entre les *gens de pooste*, c'est-à-dire, les roturiers, ceux qui avaient des fiefs, c'est qu'anciennement les roturiers étaient incapables d'en posséder (*V. Franc-Fief*); mais quand on les y eut admis, ils n'étaient réputés majeurs par rapport à leurs fiefs, qu'à vingt-un ans, de même que les nobles.

L'étude du droit romain introduisit insensiblement la réforme dans les coutumes; et lors de leur rédaction, on y fixa, dans la plus grande partie, la Majorité à vingt-cinq ans. Il nous est resté des traces de cet ancien usage par rapport aux fiefs. Il y a même encore des coutumes qui ont fixé diversement l'âge pour disposer de ces biens, distinguant les personnes, les biens et le genre des dispositions.

II. La coutume d'Anjou est une de celles dont les dispositions ont le plus de rapport avec l'ancien usage; elle porte, art. 444 : « Et est à savoir que le mâle noble n'est eâgé (que) jusques à vingt ans accomplis, et la fille noble à quatorze ans; mais enfans coutumiers, soit fils ou filles, sont eâgés à quatorze ans, et sont habiles à la poursuite de leurs droits, posé que le coutumier ne soit eâgé à tenir sa terre à foi, plutôt que le noble...; et vaut et tient contrat fait avec iceux coutumiers eâgés à quatorze ans, autant que touchent leurs meubles seulement: et pourtant que touchent les contrats portant aliénation de chouses héréditaux, ils ne sont valables sans l'autorité de justice, jouecques à ce qu'ils aient vingt ans comme les nobles ».

L'art. 455 de la coutume du Maine renferme les mêmes dispositions, mais elles y sont plus clairement expliquées, et peuvent servir à interpréter la coutume d'Anjou; cet article est ainsi conçu : « Et est à sçavoir que le mâle noble n'est âgé jusques à vingt ans accomplis, et la fille noble à quatorze ans; mais enfans coutumiers, soit fils ou fille, sont âgés à quatorze ans, et sont habiles en la poursuite de leurs droits, posé que le coutumier ne soit en âge de tenir sa terre, tenue à foi, plutôt que le noble....; et vaut et tient contrat fait avecques iceux coutumiers âgés de quatorze ans, en tant que touchent leurs meubles menus, et qui ne se peuvent garder seulement. Pour tant que touchent les contrats portant aliénation des autres meubles et choses héréditaux et immeubles, ils ne sont valables sans autorité de justice, jusques à ce qu'ils aient vingt ans comme les nobles ».

Ces deux coutumes distinguent, comme on le voit, les nobles des roturiers, et les différentes natures de biens.

Elles ne donnent aux nobles, savoir, aux mâles, la jouissance de leurs biens meubles, immeubles, nobles ou roturiers, qu'à vingt ans accomplis, et aux filles à quatorze ans.

Les roturiers possédant des fiefs n'en ont, de même que les nobles, l'administration qu'à vingt ans accomplis à l'égard des mâles. Ils peuvent disposer de

Source : BIU Cujas

leurs meubles à quatorze ans; mais ils ne peuvent aliéner leurs héritages que quand ils ont vingt ans accomplis.

[On verra dans les deux §. suivans, qu'il y a beaucoup d'autres coutumes qui avancent pareillement, à certains égards, l'âge de Majorité.

III. L'art. 38 des placités de Normandie, de 1666, nous présente une disposition plus générale et plus absolue: « Toute personne née en Normandie, soit mâle ou femelle, est censée majeure à vingt ans accomplis, et peut après ledit âge vendre et hypothéquer ses biens, meubles et immeubles, sans espérance de restitution, sinon pour les causes suivant lesquelles les majeurs peuvent être restitués ».]

IV. Il y a encore une espèce particulière de Majorité qui a lieu dans plusieurs coutumes à l'égard des fiefs, et qu'on appelle pour cette raison *Majorité féodale*. Dans la coutume de Paris, elle consiste en ce que, suivant l'art. 32, « tout homme tenant fief est tenu et réputé âgé à vingt ans, et la fille à quinze ans accomplis, quant à foi et hommage et charge de fief ».

[§. II. *La Majorité que différentes coutumes fixent à quinze, dix-huit, vingt ou vingt-un ans, est-elle une Majorité parfaite?*

I. Cette question équivaut à celle de savoir si la Majorité dont il s'agit, ôte aux mineurs de vingt-cinq ans qui l'ont atteinte, le droit de se faire restituer en entier, dans le cas de lésion notable; car c'est l'exclusion de ce bénéfice, qui caractérise proprement la vraie Majorité.

Il y a dans les Pays-Bas une loi municipale qui adopte clairement la négative : c'est l'art. 9 du ch. 57 des chartes générales de Hainaut : Il défend d'admettre à la profession d'avocat-procureur, aucun mineur de vingt-cinq ans, *afin d'empêcher les reliefs et restitutions en entier que l'on pourrait prétendre*; preuve indubitable que la faculté de contracter et d'aliéner, dont jouit en Hainaut tout majeur de vingt-un ans, n'exclut pas le bénéfice de la restitution.

II. Cette disposition doit-elle être étendue aux autres coutumes du même genre?

Pour résoudre cette question, je divise en trois classes les coutumes qui avancent la Majorité.

Dans la première, sont celles qui la fixent à quinze, dix-huit, vingt ans, ou plus, mais qui ne lui donnent que l'effet d'une émancipation légale; de sorte qu'avant vingt-cinq ans on peut bien s'obliger, sauf la restitution, mais non pas aliéner. Telles sont les coutumes de Lille, tit. 1; de la châtellenie de Lille, tit. 13, art. 5; de Douai, ch. 7, art. 1; de Boulonnais, art. 119; de Ponthieu, art. 58: telle est aussi la disposition de la coutume de Valenciennes à l'égard des majeurs de quinze ans et mineurs de vingt.

Dans la seconde classe, sont les coutumes qui permettent à un mineur de vingt-cinq ans de contracter et d'aliéner tout à la fois, sauf cependant la restitution dans le cas de lésion notable. Telles sont, comme on vient de le voir, les chartes générales de Hainaut.

Enfin, dans la troisième classe, sont les coutumes qui fixent la Majorité parfaite à un âge inférieur à celui de vingt-cinq ans; de manière qu'un jeune homme parvenu à cet âge peut contracter et aliéner, sans espérance de restitution. Telles sont les coutumes de Louvain et d'Utrecth, comme l'attestent Voët, *de statutis*, sect. 4, ch. 3, n. 3, et Stockmans, décis. 125. Telle est encore, comme on l'a vu ci-devant, §. 1, celle de Normandie. *V.* ci-après, §. 5.]

III. Dans laquelle de ces trois classes mettrons-nous les coutumes d'Anjou et du Maine, qui accordent simplement aux majeurs de vingt ans, la faculté d'aliéner leurs immeubles sans décret? Ce ne sera point dans la première, cela est incontestable. Ainsi, toute la difficulté ne tombe que sur le choix entre la seconde et la troisième.]

On trouve dans les auteurs des raisons très fortes pour l'une et l'autre opinion.

Ceux qui soutiennent que, dans ces coutumes, les majeurs de vingt ans ne doivent être restitués que pour les causes qui donnent lieu à la rescision entre majeurs de vingt-cinq ans, disent qu'on ne peut pas argumenter du droit romain, ni le faire prévaloir contre la disposition précise des coutumes, lesquelles étant revêtues elles-mêmes du sceau de l'autorité publique, font loi dans leur territoire. Les progrès de la raison (ajoutent-ils), ne sont pas les mêmes chez tous les hommes; les uns acquièrent plutôt la maturité du jugement et de la réflexion; chez les autres, elle vient plus tard; plusieurs même ne l'acquièrent jamais, et ils vieilliraient dans la minorité, si l'on attendait, pour leur donner la capacité de contracter, que leur esprit eût acquis le dernier degré de perfection que la nature paraît leur refuser. L'incapacité du mineur est fondée sur son état de faiblesse, elle a son fondement dans la nature; mais la Majorité est l'ouvrage d'une loi positive, qui, calculant les progrès de la raison sur la constitution physique, a pu déterminer plus tôt ou plus tard la capacité de contracter, parceque ce qui est de droit positif n'est pas tellement immuable, qu'il ne soit au pouvoir des législateurs de décider différemment; et ce qui a été établi pour un peuple, n'est pas une loi à laquelle les autres soient obligés de se soumettre. — Si l'on rapproche les dispositions de ces coutumes avec celles du droit romain, on voit qu'elles ne peuvent se concilier les unes avec les autres. Par exemple, la coutume d'Anjou permet au mineur de vingt-cinq ans, mais qui a accompli ses vingt années, de vendre ses immeubles sans formalité et sans décret du juge; le droit romain le défend expressément : comment appliquera-t-on à cette coutume la disposition du droit romain? — Si l'on dit que la coutume, en accordant la liberté de disposer, n'a pas exclu la restitution, on

Source : BIU Cujas

crée un droit mitoyen, une espèce d'émancipation particulière, qui n'est établie ni par le droit romain, ni par la coutume. En accordant au majeur de vingt ans la restitution, on attaque la sagesse de la loi, qui devient faible et indéterminée, on la fait dépendre des circonstances et de l'arbitrage du juge. Au lieu de couper le mal dans la racine, ce qui doit être le but de toute bonne loi, la coutume en deviendrait elle-même la source, en autorisant des aliénations qui pourraient donner lieu à des procès. — Que résulte-t-il d'ailleurs de l'interprétation qu'on veut donner aux deux coutumes dont il s'agit? C'est que personne ne pouvant traiter sûrement avec ces majeurs de vingt ans, on détruira l'effet d'une loi approuvée par deux provinces entières, confirmée par le roi, et revêtue du sceau de l'autorité publique.

Ceux qui soutiennent l'opinion contraire, disent: quand les coutumes ne se sont pas expliquées précisément sur certains cas, il faut les interpréter suivant le droit commun; or, les coutumes du Maine et d'Anjou disent bien que les aliénations d'immeubles faites par des majeurs de vingt ans, sont valables sans autorité de justice; mais elles n'excluent pas la restitution lorsqu'ils sont lésés. — Il est certain que cette capacité a été établie pour l'avantage des mineurs, et que leur refuser la restitution sous ce prétexte, ce serait tourner contre eux ce qui a été établi en leur faveur. D'ailleurs, la capacité de contracter n'est pas un motif suffisant pour les priver de la restitution; les mineurs pubères ne sont pas, suivant le droit romain, incapables de contracter sans l'assistance d'un tuteur ou d'un curateur; et cependant les actes qu'ils ont passés, sont sujets à restitution.

La jurisprudence a confirmé cette dernière opinion. On trouve dans les commentateurs des coutumes du Maine et d'Anjou, plusieurs arrêts qui ont entériné des lettres de rescision obtenues contre des aliénations faites par des majeurs de vingt ans. (M. La Forêt.) *

Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt rendu entre le marquis de Turbilly, et M. Aubin, conseiller au parlement de Paris. Voici comment l'espèce en est rapportée dans les *Observations* de Calonne *sur les coutumes d'Amiens, d'Artois*, etc., imprimées à Paris en 1784, ch. 22, n. 22. — « Le marquis de Turbilly, âgé de vingt-deux ans, avait emprunté, le 27 septembre 1739, à titre de constitution de rente, une somme de 30,000 livres pour l'exercice d'un retrait lignager. Clause portant que jusqu'au remboursement, les deniers resteraient chez le notaire. Le retrait n'ayant pas réussi, quittance donnée au marquis de Turbilly, des 30,000 livres. Dans l'intervalle du contrat de constitution et de la quittance du remboursement, le prêteur avait fait un transport au profit de M. Aubin, de 900 livres de rente à prendre sur les 30,000 livres; le transport avait été accepté par le marquis de Turbilly, le 15 janvier 1740. — Le notaire qui avait acquitté cette rente à M. Aubin, s'étant absenté, et M. Aubin en ayant demandé le paiement au marquis de Turbilly, lettres de rescision par lui prises, tant contre le contrat de constitution, que contre l'acceptation par lui faite du transport; les lettres étaient fondées sur ce que le transport avait été fait pendant sa minorité, qu'il n'avait jamais profité des deniers, qu'ainsi il était lésé du tout au tout. — La cause portée à l'audience où j'étais présent, toute la défense de M. Aubin a été de soutenir que le marquis de Turbilly étant majeur suivant l'art. 444 de la coutume d'Anjou, il avait pu s'engager sans avis de parens, et sans assistance de curateur; à quoi le marquis de Turbilly a répondu, que les privilèges de la minorité n'étant pas effacés par la Majorité coutumière, et la lésion que l'acte du 15 janvier lui causait, étant de la totalité du principal transporté à M. Aubin, il serait de la plus grande injustice de l'obliger au paiement d'une rente pour laquelle il n'avait rien reçu; aussi par arrêt rendu sur délibéré en la grand'chambre au rapport de M. de Vougny, le 9 janvier 1749, les lettres de rescision du marquis de Turbilly ont été entérinées, et en conséquence M. Aubin a été débouté de sa demande ».

IV. Que déciderons-nous par rapport à la coutume de Valenciennes qui, semblable à celles d'Anjou et du Maine, habilite les majeurs de vingt ans à aliéner leurs immeubles?

Mévius, *ad jus Lubecense*, liv. 1, tit. 7, art. 6, établit une règle qui jette le plus grand jour sur cette question. Voici comment il s'explique: *Cùm lex vel statutum aliquem, qui annis* 18 *vel* 21 *natus est, pro homine ætatis perfectæ vel legitimæ habet; perindè est ac si annos* 25 *naturaliter complesset;... ita ut sine aliquâ solemnitate obligari, contrahere, alienare et agere possit, nec etsi læsus in integrum restitui debeat. Quod secùs est quandò statutum limitat tempus ætatis, veluti statuens quòd minor usque ad* 18 *annum non possit contrahere; tunc contractus quidem indè validatur; sed quia persona ipsa, ut ita dicam, non perficitur, si de læsione apparet, restitutio in integrum locum habet. Idem est cùm tantùm permittitur simpliciter majori* 18 *annis contrahere. Quò circà, ut hæc discernas, verba statuti indefinita diligenter despice.*

Ces principes sont aussi adoptés par d'Argentrée sur l'art. 457 de la coutume de Bretagne: *In totum*, dit-il, *probanda est distinctio, quòd cùm lex minoribus, in certis et exceptis casibus, tribuit facultatem actûs gerendi, per hoc Majorennitatem non tribui in aliis casibus; atque ideò etsi subsistunt contractus auctore lege facti, tamen restitutio salva manet læsis propter manentem minoritatis qualitatem, quæ læsionem non patitur; sed cùm non privilegio aut certæ specialis causæ respectu facultas contrahendi tribuitur, sed legis potestate taxatio ætatis fit et Majoritas inducitur, tùm non magis restitutionem competere quàm majori cuilibet.*

Suivons donc la marche que nous tracent ces

Source : BIU Cujas

auteurs, et pesons bien les termes de la coutume de Valenciennes. — *Sans toutefois pouvoir vendre ou aliéner leurs héritages auparavant l'âge de vingt ans accomplis* : voilà tout ce que porte la coutume; elle ne dit point que l'homme est majeur à vingt ans, mais simplement qu'avant l'âge de vingt ans, il ne peut pas aliéner. C'est donc le cas d'appliquer ici la maxime de Mévius : *Quandò statutum limitat tempus ætatis, veluti statuens quod minor usque ad* 18 *annum non possit contrahere....; restitutio in integrum locum habet.*

Rien de plus conforme à la raison et aux principes que ce raisonnement; car, 1° on doit toujours interpréter une coutume, de manière qu'elle s'écarte du droit commun le moins qu'il est possible. Or, celle de Valenciennes déroge, à la vérité, au droit commun, en ce qu'elle permet l'aliénation des immeubles aux majeurs de vingt ans; mais elle se tait sur la question de savoir si le remède de la restitution peut réparer la lésion qu'a occasionnée l'exercice de cette faculté. C'est donc au droit commun à décider cette question, et dès-lors elle ne peut l'être qu'affirmativement.

2° On peut, sans contredit, comparer cette faculté avec le décret qu'un juge rend dans une coutume où l'on ne peut aliéner avant vingt-cinq ans. Ce décret habilite bien le mineur à vendre un ou plusieurs héritages, mais il n'exclud point le remède de la restitution. La loi première, D. *de rebus eorum qui sub tutelâ*, en contient une disposition expresse.

3° La coutume de Valenciennes permet simplement aux majeurs de vingt ans, et mineurs de vingt-cinq, d'aliéner leurs biens; elle ne dit rien de plus. On doit donc juger de cette disposition comme des lois romaines, qui permettaient aux mineurs la vente de certains biens sans décret. Or, ces lois n'excluaient point la restitution; c'est ce que prouve la loi 49, *de minoribus*, au Digeste : *Si res pupillaris vel adolescentis distracta fuerit quam lex distrahi non prohibet, venditio quidem valet; verùm tamen si grande damnum pupilli vel adolescenti versatur, etiamsi collusio non intercessit, distractio per in integrum restituitur.*

4° Enfin, on doit d'autant moins balancer, dans la coutume de Valenciennes, à admettre la restitution en faveur des majeurs de vingt ans, que les chartes générales de Hainaut en contiennent une décision formelle, et que l'on doit toujours expliquer une coutume obscure par celle du territoire le plus voisin.

V. L'art. 154 de la coutume d'Artois est conçu de la même manière que la disposition de celle de Valenciennes sur laquelle nous venons de nous fixer : « Le mâle est réputé âgé à l'âge de quatorze ans complets..... et la femelle à l'âge de onze ans complets, à l'effet de vuider hors de bail, et de prendre et percevoir les fruits et profits de leurs biens et héritages, pour d'iceux fruits pouvoir disposer. Mais, en tant qu'il touche d'eux pouvoir obliger, vendre, charger, ou aliéner leursdits biens et héritages, sans autorité de curateur et décret de juge compétent, au regard des immeubles, est requis que le mâle ait atteint l'âge de vingt ans complets, et la femelle l'âge de seize ans aussi complets....., sans que pour ce il soit requis faire émancipation ». — Et sur cet article, Dumoulin a mis une apostille qui rentre parfaitement dans ce que nous venons de dire de la coutume de Valenciennes : *Salvâ tamen restitutione in integrum et remediis juris communis.*

Cependant, le conseil d'Artois a jugé fort long-temps le contraire. Attaché au sens littéral de sa coutume, il a fort long-temps refusé aux majeurs de vingt ans le bénéfice de la restitution en entier, mais ses sentences ont été constamment réformées par le parlement de Paris. Ecoutons de Calonne, à l'endroit déjà cité :

« Le sieur Payen avait, par son testament du 5 février 1709, légué 21,800 livres à Marie-Ignace Payen, sa nièce cadette; et le surplus de ses biens à Marie-Thérèse Payen aînée. Sa succession montait à 115,418 liv. Après le décès du sieur Payen, parurent deux codiciles, par lesquels l'aînée des deux nièces se trouvait réduite à partager les biens de son oncle avec sa sœur par portions égales. — Le curateur de Marie-Thérèse Payen soutint les deux codiciles suggérés; ce qui ayant été dénié par la mère, une sentence du conseil d'Artois du 30 avril 1712 a admis les faits articulés, sauf la preuve contraire. Chacune des parties a fait son enquête. — La demoiselle Payen aînée, ayant ensuite été recherchée en mariage par le sieur Quesse de Valcourt, sa mère lui déclara qu'elle ne s'y prêterait pas, à moins qu'elle ne renonçât aux avantages portés au testament de son oncle, et qu'elle ne consentît l'exécution des deux codicilles, auxquels la demoiselle Payen fut obligée de souscrire par une transaction du 14 juillet 1713. Le sieur de Valcourt instruit de la lésion que son épouse avait reçue de la transaction, prit des lettres de rescision contre cet acte, d'après lesquelles il demanda que la succession du sieur Payen fût partagée conformément au testament. — Les juges du conseil d'Artois ont paru convaincus de la suggestion des deux codicilles, et que la transaction passée par la dame de Valcourt, lui causait une lésion énorme; cependant, par sentence sur productions respectives du 2 août 1712, ils ont débouté les sieur et dame de Valcourt de leur demande en entérinement de lettres de rescision, *attendu*, y est-il dit, *que, suivant l'art.* 154 *de la coutume d'Artois, et l'usage inviolablement observé dans la province, les filles, à l'âge de seize ans complets, peuvent charger et aliéner leurs biens et héritages, sans autorité de curateur et de décret de juge, comme les majeurs des autres pays à l'âge de vingt-cinq ans.* — Les sieur et dame de Valcourt en ont interjeté appel; ils ont soutenu que, suivant la note de Dumoulin ci-dessus citée, le suffrage de Bauduin et de Maillart, la Majorité coutumière ne pouvait être considérée que comme une émancipation légale; qu'elle

Source : BIU Cujas

n'empêchait pas que ceux qui avaient contracté à cet âge, ne fussent restitués contre les actes dans lesquels ils avaient été lésés. Au contraire, la veuve Payen a invoqué l'art. 154 de la coutume d'Artois, l'usage de la province attesté par la sentence, d'Argentrée sur l'art. 457 de la coutume de Bretagne, les arrêts de 1602 et de 1603 cités par Dufresne et Ricard, enfin la faveur due à une transaction qui établissait entre deux sœurs un partage égal, et qui, par cette raison, méritait la protection des lois. — Par arrêt rendu en la deuxième chambre des enquêtes, au rapport de M. Fieubet, le 30 juillet 1716, la sentence du conseil d'Artois a été infirmée; les lettres de rescision des sieur et dame de Valcourt ont été entérinées, et les parties remises en tel et semblable état, qu'avant la transaction du 14 juillet 1713. La veuve Payen et sa fille cadette ont été déboutées de leur demande afin de partage de la succession du sieur Payen, chanoine, en vertu des codicilles de 1719 qui ont été déclarés nuls; l'arrêt a ordonné que le testament du sieur Payen serait exécuté; que Marie-Ignace Payen se tiendrait à la part à elle assignée par le même acte, suivant lequel le surplus de la succession appartiendrait à la dame de Valcourt, avec la restitution des fruits qui avaient été touchés par la mère.

» Les États de la province d'Artois se sont pourvus contre cet arrêt au conseil du roi, où ils ont demandé que, sans y avoir égard, l'art. 154 de leur coutume fût exécuté; ils ont exposé dans le cahier des délibérations présenté au roi en 1717, que la décision du parlement était formellement contraire à ce texte de la coutume générale qui avait été homologuée; que cet arrêt ferait naître une infinité de procès dans la province, où il s'était passé dans tous les temps un grand nombre de semblables contrats qui avaient toujours été exécutés, et où les peuples étaient extrêmement jaloux de leurs lois et de leurs privilèges. — Le cahier des États a été examiné dans le conseil du roi; je vais rapporter la réponse qui y fut faite; elle est écrite en marge du même cahier : — *Le roi n'a pas cru qu'il fût nécessaire de statuer sur cet article; c'est une question de coutume qui regarde les juges ordinaires, et sur laquelle* IL N'Y A QU'A SUIVRE *la jurisprudence qui est établie. Fait et arrêté par le roi étant en son conseil, monseigneur le duc d'Orléans présent, tenu à Paris, le quatorzième jour d'août 1717*; signé *Louis*, et plus bas *Phelypeaux*. — Cette réponse fait connaître, que le roi a approuvé l'interprétation que la cour avait faite de l'art. 154 de la coutume d'Artois, puisque la réclamation des États contre l'arrêt du 13 juillet 1716, n'a pas été admise.

« La même question s'est élevée de nouveau au conseil d'Artois en 1720. — Par un testament mutuel du 13 septembre 1694, Martin Vincent et Marie Firmin, sa femme, avaient assigné à chacun de leurs sept enfans, un manoir ou l'équivalent. Eloi Vincent, fils aîné, s'était marié, en 1695, sans le consentement de son père; il tombe malade, en 1716; il était prêt de mourir avec sa disgrace, lorsque par acte du 24 mars, Martin Vincent approuva le mariage d'Eloi, son fils, et rappela à sa succession les enfans de ce fils, mais à la charge de succéder seulement pour une tête avec leurs oncles et tantes, conformément au testament de 1694. — Eloi Vincent étant mort, et après lui Martin Vincent, son père, il fut question de partager sa succession en quatre têtes, en y comprenant les enfans rappelés pour une tête; il s'éleva, dans le partage, un différend pour un fief appelé Naivilette, et pour un manoir situé à Auxy-le-Château dans la coutume de Hesdin, qu'Eloi Vincent, fils aîné, prétendit lui appartenir, sur ce qu'ayant été rappelé, il devait y succéder comme son père y aurait succédé. Eloi Vincent, ses oncles et tantes, étaient en instance à cet égard au conseil d'Artois, lorsqu'il fut passé entre les parties une transaction, le 27 mars 1720, portant qu'Eloi Vincent aurait le quart du fief de Naivilette avec la moitié du manoir d'Auxy-le-Château, et que le surplus de ces deux immeubles appartiendrait à ses cohéritiers. Eloi Vincent avait alors vingt-quatre ans et quatre mois; ayant pris des lettres de rescision contre cette transaction, il en a été débouté par sentence du conseil d'Artois, du 18 février 1721. — Sur l'appel qu'Eloi Vincent en a interjeté, il a principalement soutenu que la Majorité étant fixée à vingt-cinq ans par les lois romaines, celui qui n'avait pas atteint cet âge, pouvait réclamer avec succès tous les privilèges accordés aux mineurs, dont le plus essentiel est d'être restitué contre les actes dans lesquels il avait été lésé; ce qui a été réfuté par ses adversaires, sur ce que la Majorité coutumière produisait, au temps auquel elle est fixée une Majorité parfaite, et sur ce qu'on ne pouvait enfreindre l'autorité des coutumes qui commandent seules et avec empire dans leur territoire, et dont les dispositions doivent par conséquent être exécutées, sans qu'il soit permis d'y porter atteinte. — Sur ces moyens qui ont été très étendus de part et d'autre, arrêt est intervenu en la deuxième chambre des enquêtes, au rapport de M. de La Guillaumie, le 17 août 1730, qui, en infirmant la sentence du conseil d'Artois, et entérinant les lettres de rescision prises par Eloi Vincent contre la transaction du 27 mars 1720, a ordonné que le fief de Naivilette et le domaine d'Auxy-le-Château lui appartiendraient comme représentant Eloi Vincent, son père, qui y aurait succédé à l'exclusion de ses frères et sœurs.

» Marie-Béatrix Cambier ayant épousé à Paris, en 1734, le sieur Gardel, ci-devant capitaine d'infanterie, ratifia, par acte du 7 avril 1735, la vente que son mari avait faite, le 27 janvier précédent, au sieur Bucquet de La Bussière, trésorier des troupes de la province d'Artois, d'un contrat de 850 liv. de rente au principal de 17000 livres. Aux mois de juin et de juillet suivans, le sieur Gardel lui fit encore accepter cinq lettres de change montantes à 18,560 livres. Reconnaissant, après toutes ces facilités, et après une absence de neuf mois de

Source : BIU Cujas

la part de son mari, qu'il l'avait abandonnée, elle se pourvut au châtelet, où elle prit d'abord des lettres de rescision contre son acceptation des cinq lettres de change, qui la dépouillaient sans motif légitime d'une partie de ses biens. — La dame Gardel ayant formé, dans le même temps contre son mari au châtelet, une demande en séparation de biens, elle a traduit le sieur Bucquet de La Bussière au conseil d'Artois, où elle a pris de secondes lettres de rescision contre sa ratification de la vente de la rente de 17,000 liv. En cet état, sentence du 30 mars 1737, qui, sur les demandes respectives, a mis, quant à présent, les parties hors de cour, sauf à la dame Gardel à se pourvoir après le jugement de son action en séparation, qui a été prononcée le même jour au châtelet; elle a ensuite interjeté appel de la sentence du conseil d'Artois, sur lequel on lui a opposé qu'étant alors majeure suivant la loi de son domicile, elle avait pu s'obliger valablement, et que les majeurs coutumiers n'ayant jamais été restitués, pour choses mobilières, sa réclamation devait être rejetée. — Nonobstant ces raisons, l'arrêt intervenu sur productions respectives en la grand'chambre, au rapport de M. Cadeau, le 1er avril 1740, a entériné les lettres de rescision prises par la dame Gardel, tant contre le contrat de vente et l'acte de ratification dont il s'agissait, que contre son acceptation des cinq lettres de change; il a infirmé la sentence du conseil d'Artois, et a fait main-levée à la dame Gardel, de toutes les saisies et arrêts de ses revenus. — Cet arrêt a jugé que les actes qu'un majeur coutumier a passés pour choses mobilières, devaient être rescindés lorsqu'il établit la lésion qu'il souffre, et qu'en Artois, comme dans les autres provinces, le majeur coutumier doit être restitué ».

VI. Remarquons ici une erreur dans laquelle sont tombés Dehue, Dufresne et Ricard, sur l'art. 135 de la coutume d'Amiens : « Mâles et femelles en l'âge de vingt ans accomplis (porte cet article), sont censés et réputés majeurs, pour ester en jugement, administrer leurs biens, contracter de leurs meubles et acquêts immeubles; mais ne peuvent aliéner ni hypothéquer leurs biens propres et patrimoniaux, et meubles précieux et de grand prix, venans de leurs majeurs, qu'ils n'aient l'âge de vingt-cinq ans accomplis » — On a demandé si dans cette coutume, un majeur de vingt ans peut se faire restituer contre une aliénation de meubles et d'acquêts, et les trois auteurs cités ont répondu que non, d'après deux arrêts du parlement de Paris, des 15 janvier 1602 et 14 janvier 1603, rendus au rôle d'Amiens. — Il est visible cependant que cette coutume ne donne aux personnes âgées de vingt ans qu'une Majorité imparfaite, puisqu'elles ne peuvent aliéner leurs propres, ni même les meubles précieux qu'elles ont hérités de leurs pères, et qu'elles pourraient, suivant Dufresne et Ricard, se faire restituer contre des actes de cautionnement qu'elles auraient faits pour d'autres. La coutume les laisse donc dans leur état de minorité, et les actes qu'elle leur permet de faire malgré l'inhabilité générale que leur imprime cet état, ne sont que des exceptions qu'on ne peut étendre au-delà de leurs termes précis. Pour exclure la restitution, il faudrait que la coutume les déclarât majeurs purement et simplement, et qu'elle ne restreignît point à des cas particuliers la faculté qu'elle leur accorde de contracter et d'aliéner Or, elle fait précisément tout le contraire. Il faut donc lui appliquer ce que dit d'Argentrée, à l'endroit déjà cité : *Cùm lex minoribus in certis et exceptis casibus tribuit facultatem actûs gerendi, per hoc Majoritatem non tribui in aliis casibus; atque ideò, etsi subsistunt contractus auctore lege facti, tamen restitutio salva manet læsis propter manentem minoritatis qualitatem, quæ læsionem non patitur.*

§. III. *Effet du mariage, par rapport à la minorité. Conférence des lois du Hainaut sur cette matière, avec celle des autres pays.*

L'effet que produit le mariage par rapport à la minorité, n'est pas le même par-tout.

Le droit romain ne donne pas plus de pouvoir à un mineur marié qu'à un mineur célibataire; la loi 2, D. *de minoribus*, y est formelle, et telle est encore la jurisprudence du Languedoc, de la Guienne, (*Ricard, des donations, part.* 1, *n.* 281), et de la Frise, (*A Sande, décis. frisic., lib.* 2, *t.* 4, *def.* 1).

Dans les pays coutumiers, et même dans les provinces du droit écrit qui ressortissent au parlement de Paris, le mariage émancipe le mineur de plein droit; mais les effets de cette émancipation sont plus ou moins étendus suivant les localités. Cependant le droit le plus général de la France coutumière donne au mineur marié la faculté de s'obliger, d'administrer ses biens, de disposer de ses revenus; mais il ne lui permet pas de toucher à la propriété de ses immeubles.

La jurisprudence des Pays-Bas n'est pas aussi uniforme. — Les coutumes de Cambresis, tit. 6, art. 1; de Malines, tit. 19, art. 27; d'Anvers, tit. 41, n. 12, et tit. 43, n. 66; de Ruremonde, part. 1, tit. 4, §. 1, n. 2 et 3; d'Over-Issel, part. 2, tit. 4, art. 1; de Deventer, rubr. 1, art. 12, renferment à cet égard les mêmes dispositions que les coutumes de France. — Celles d'Artois, art. 154; de Louvain, (*Stockmans, décis.* 112), d'Utrecht (*Wesel, ad constit. ultraj. art.* 13), de Hollande (*Voët ad D. lib.* 4, *tit.* 4, *n.* 6), donnent aux mineurs mariés une entière liberté d'aliéner leurs biens.

Ce sont ces dernières coutumes que les législateurs du Hainaut ont prises pour modèle. Les chartes générales portent, chap. 110, que, si les enfans *étaient hors de pain, âgés de vingt-un ans, ou mariés, l'obligation et contrat qu'ils feraient, sera de value.* Ce texte est clair, il décide nettement que pour la validité d'une obligation, il faut, dans la personne de celui qui veut la contracter, le concours de l'émancipation judiciaire, et de l'âge

Source : BIU Cujas

de vingt et un ans, et que le mariage seul supplée à l'une et à l'autre. L'art. 6 du ch. 94 va plus loin: « L'homme allié par mariage, sera entendu émancipé, quel âge qu'il ait, et pourra, ayant enfant ou non, ou vefve sans enfant, faire telle vendition ou autre aliénation comme bon lui semblera, de ses fiefs venant de son patrimoine ou acquêt ».

La coutume du chef-lieu de Mons n'est pas moins formelle. Le chap. 7 ordonne « que jeunes enfans sans père et mère ne puissent vendre leurs héritages de mainfermes, s'ils ne sont âgés, les fils de vingt-un ans, et les filles de dix-huit ans, *ou qu'ils fussent mariés* ».

L'art. 27 de la coutume de Valenciennes porte également: « Fils ou fille de famille mariés sont tenus et réputés majeurs, et peuvent ester en jugement, contracter et aliéner leurs biens ».

Enfin, on lit dans la coutume de Lessines, tit. 4, art. 2: « Gens mariés, encore qu'en-dessous ledit âge de vingt ans, sont tenus pour émancipés sans autre solemnité, à effet de vaillablement disposer de leurs biens, et autrement s'obliger et contracter ».

Les coutumes de Lorraine et de Metz ont adopté les mêmes principes. Les mineurs mariés, disent-elles, *sont tenus pour majeurs, pouvant légitimement contracter sans l'intervention de leurs tuteurs.*

Mais, dans ces coutumes, le mariage ôte-t-il aux mineurs le droit de se faire restituer en entier, lorsqu'il a usé à son préjudice de la faculté de contracter et d'aliéner? Les textes que je viens de rapporter, ne décident pas formellement cette question, mais ils ne laissent pas de fournir des indices propres à nous en faciliter la solution.

D'abord il est certain que ni les chartes générales du Hainaut, ni la coutume du chef-lieu de Mons ne rendent les personnes mariées parfaitement majeures: elles leur donnent, il est vrai, la faculté de contracter et d'aliéner; mais que peut-il résulter de là? On a vu ci-dessus, §. 2, qu'elles donnent la même faculté à toute personne émancipée et âgée de vingt et un ans, et que néanmoins elles accordent le bénéfice de restitution à tous les mineurs de vingt-cinq ans, en cas de lésion notable. Comme elles ne contiennent pas de disposition plus étendue par rapport aux personnes mariées que par rapport à celles qui réunissent l'âge de vingt et un ans à l'émancipation judiciaire, on ne doit pas regarder la Majorité des unes comme plus parfaite que celle des autres, ni par conséquent refuser aux premières le bénéfice de restitution dont jouissent les secondes.

Il en est sans doute autrement dans la coutume de Valenciennes. C'est du moins ce que semblent annoncer ces termes de l'art. 27: *fils ou fille de famille mariés sont tenus et réputés majeurs, et peuvent ester en jugement, contracter et aliéner leurs biens.* Tous les caractères qui constituent la véritable et parfaite Majorité, sont ici réunis. La coutume ne restreint point la Majorité des personnes mariées à certains cas particuliers, elle parle en général, et elle les déclare majeures purement et simplement. Or, dit d'Argentré (art. 457, n. 9), *qui dixit* est majeur, *omnia dixit, et si lex providere voluisset de restitutione in integrum, hoc dixisset..... cùm non privilegio aut cerlæ specialis causæ respectu facultas contrahendi tribuitur, sed legis potestate taxatio ætatis sit, et Majoritas inducitur, qui casus noster ipsissimus est, tùm non magis restitutionem competere, quàm majori cuilibet.* C'est en partant de ce principe que le même auteur soutient que l'art. 457 de l'ancienne coutume de Bretagne exclut suffisamment la restitution, par ces termes: *L'homme ou femme qui ont vingt ans accomplis et passés, sont majeurs.*

La coutume de Louvain porte également que les mineurs mariés sont réputés majeurs; et c'est sur le fondement de cette disposition pure et simple que Wamès (*Centur.* 1, *consil.* 26), estime que, dans cette coutume, les personnes mariées sont majeures à tous égards, et qu'elles peuvent en conséquence aliéner leurs immeubles sans décret comme sans espérance de restitution. Stockmans (*Décis.* 112, *n.* 9), rapporte même un arrêt du conseil de Brabant, qui l'a jugé ainsi dans cette coutume.

Voët (*Ad D. lib.* 4, *t.* 4, *n.* 7), établit le même principe. *Illud in universum receptum est, eatenùs saltem, quatenùs per nuptias maritus pro majore non fuit habitus, restitutionis adjutorium ei denegandum esse, si fortè damnosum ætatis lubrico celebràverit de talibus contractum.*

La coutume de Valenciennes se sert, par rapport à la Majorité des personnes mariées, d'expressions équivalentes à celles qu'emploient les coutumes de Bretagne et de Louvain, et qu'indique l'auteur que je viens de citer: on doit par conséquent y appliquer la décision de d'Argentrée, de Wamès, de Voët, et du conseil de Brabant.

Je sais que plusieurs arrêts du parlement de Flandre, cités par Deghewiet (*Institutions au droit belgique*, part. 3, tit. 1, §. 4), ont entériné des lettres de restitution obtenues par des personnes mariées, du chef de lésion causée par l'imprudence ordinaire aux mineurs. Mais pour en tirer quelque moyen contre ce que j'avance, il faudrait savoir dans quelles coutumes ils ont été rendus, et c'est ce que Deghewiet ne nous apprend pas. Il y a des coutumes, telles que celles de Lille, de la châtellenie de Lille, de Douai, etc., qui, sans déclarer majeures toutes les personnes mariées, se bornent à les affranchir du joug de leurs tuteurs, et à leur permettre de contracter et d'administrer leurs biens: il est certain que, suivant ces dispositions, le mariage ne forme qu'une émancipation légale. Or, si les arrêts dont parle Deghewiet, ont été rendus dans ces coutumes, ou dans d'autres semblables, quelle conséquence peut-il en résulter par rapport à celle de Valenciennes?

Mais que faut-il décider par rapport aux cou-

Source : BIU Cujas

tumes de Lorraine et de Metz? Un arrêt du 17 mai 1691 va nous l'apprendre.

Le 3 février 1684, Charles César épousa Marie Retondeur, âgée de 15 ans et quelques mois. Les 20 mars 1686 et 30 janvier 1687, celle-ci signa plusieurs obligations pour son mari. En 1690, elle se pourvut en séparation de biens, et fit assigner les créanciers au bailliage de Nomény, pour voir rescinder les engagemens qu'elle avait pris envers eux. — La cause portée à l'audience du parlement de Metz, M. le procureur général de Corberon a dit que la seule objection des créanciers par rapport à l'entérinement des lettres de rescision, était fondée sur la disposition de la coutume de Lorraine qui répute majeurs toutes les personnes mariées, même au-dessous de vingt ans. — Mais, a-t-il ajouté, « Il faut observer que cette disposition de la coutume de Lorraine est singulière, exorbitante du droit commun, et sujette à beaucoup d'inconvéniens; car, comme les garçons peuvent contracter mariage à quatorze ans, et les filles à douze; cette coutume qui les répute majeurs dès ce moment, les met en état de disposer de leurs biens et de les dissiper, avant que l'âge ait perfectionné leur raison et mûri leur jugement..... — Ainsi, bien loin d'étendre les termes de la coutume au-delà de la signification naturelle, il faut les restreindre le plus qu'il est possible, comme contraire au droit commun. *Les mineurs*, dit-elle, *âgés de vingt ans, ou mariés avant cet âge, sont tenus pour majeurs.* Ces termes ne contiennent qu'une fiction introduite pour faire réputer majeurs les mineurs mariés. La coutume ne dit pas qu'ils sont réellement majeurs, mais seulement qu'ils sont tenus pour tels : elle reconnaît donc qu'ils sont encore actuellement dans la minorité. — La coutume de Metz qui répute aussi majeurs les mineurs mariés, peut servir à éclaircir davantage celle de Lorraine. Elle dit qu'ils *sont tenus pour majeurs, pouvant légitimement contracter sans intervention de leurs tuteurs.* C'est donc seulement à l'effet de contracter valablement sans l'intervention de personne, qu'ils sont réputés majeurs. Voilà où se borne l'effet de la fiction de la coutume. Mais comme ils ne laissent pas d'être encore véritablement mineurs, en cette qualité, ils peuvent se servir du bénéfice de la restitution, lorsqu'ils ont été lésés..... — La cour a suivi cette jurisprudence, lorsque par arrêt du 26 mars 1640, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Fremin, elle déclara la dame de Stainville séparée d'avec son mari, quant aux biens, et la restitua contre les contrats par elle passés conjointement avec lui, étant mineure de vingt-cinq ans, mais tenue pour majeure aux termes de la coutume de Lorraine ». — M. de Corberon a examiné ensuite si la dame César avait été véritablement lésée par les obligations qu'elle avait souscrites; il a prouvé l'affirmative, et conclu en conséquence à l'entérinement des lettres de rescision. — Ces conclusions ont été adoptées par l'arrêt cité.

§. IV. *La minorité et la Majorité se règlent-elles par la loi du lieu de la naissance, ou par celle du domicile actuel?*

Les auteurs sont partagés sur cette question. Rodemburg (*De jure quod oritur ex statutorum diversitate, part. 2, t. 2, cap. 1*), Lauterback (*De domicilio, disp. 70, n. 69*), Burgundus (*Ad consuet. Flandriæ tract. 27, n. 5*), Voët (*Ad D. lib. 4, t. 4, n. 10*), estiment qu'un mineur peut changer de domicile à la suite de son tuteur, et que dans ce cas il devient majeur si la loi de son nouveau domicile fixe la Majorité à un âge qu'il a atteint, quoique la loi du domicile de sa naissance la recule davantage. — Maillard (sur l'art. 154 de la coutume d'Artois), Froland (*Mém. sur le Sc. Velléïen*, pag. 187 et 196), Boullenois (*Quest. mixt.* p. 359), Rousseaud de Lacombe (*Jurisp. civ.*, au mot *domicile*), soutiennent au contraire que l'état de majeur ou de mineur dépend absolument de la loi de la naissance, sans que le tuteur ni même le père puisse le troubler en changeant de domicile.

Dans ce conflit d'opinions, je remarque d'abord un cas qui n'est susceptible d'aucune difficulté parmi nous : c'est celui où le changement de domicile est le fait du tuteur. Quoi qu'en disent les auteurs belges et allemands que je viens de citer, il est aujourd'hui universellement reconnu que le domicile d'un mineur n'est identifié avec celui de son tuteur, que pour le mariage et les ajournemens; et qu'à l'égard de sa succession mobilière, le mineur conserve le domicile que son père et sa mère avaient au moment de leur mort. Il ne peut donc pas s'élever de question sur les changemens de domicile opérés par le tuteur : si le fils était, à la mort de son père et de sa mère, domicilié dans le lieu de sa naissance, il conservera sans contredit l'état de mineur ou de majeur qu'il a reçu de la loi qui y domine, quelques changemens que son tuteur apporte dans son habitation.

Mais si un père, après avoir donné le jour à un enfant dans une coutume, transporte son domicile dans une autre et y meurt, à quel âge son fils sortira-t-il de tutelle, et sera-t-il censé majeur? Voilà le vrai point de la difficulté.

Quelque parti que l'on prenne sur cette question, on sera toujours arrêté par des inconvéniens. D'un côté, nous avons un principe généralement adopté, que l'état des personnes dépend de la loi de leur domicile : ce domicile doit être, dans notre espèce, celui qu'elles ont actuellement; car si vous m'obligez de remonter à celui de leur naissance, que d'entraves vous apportez au commerce, et quel trouble dans l'ordre civil! Je trouve à Valenciennes un jeune homme âgé de quinze ans, je contracte avec lui de bonne foi, parcequ'il est domicilié en cette ville et que je viens d'y voir mourir son père; cependant on découvre ensuite que ce jeune homme est né à Mons et que le droit municipal de cette dernière ville annulle le contrat qu'il a fait avec moi. Le statut de Valenciennes qui permet à

Source : BIU Cujas

un enfant âgé de quinze ans, de vivre et de contracter sans tuteur, est donc un piège dont il faut se défier.

D'un autre côté, que ne peut-on pas dire en faveur de la loi de la naissance? Un enfant naît; dès ce moment la coutume du domicile qu'ont alors son père et sa mère, imprime en lui une note indélébile, elle règle son état, elle fixe l'âge auquel il sera majeur. Si l'on oppose que le père peut changer de domicile, et que le fils suit nécessairement le domicile de son père, je réponds que ce changement ne peut effacer la note que la loi de la naissance imprime dans le fils, et qu'elle seule a ce pouvoir, suivant ce grand principe, *nihil tàm naturale est quàm eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est.* (Loi 35, D. *de regulis juris.*) Un père ne peut aliéner les biens de son fils, et il pourrait par une translation de domicile, changer son état, et le rendre mineur de majeur qu'il était ou qu'il était sur le point d'être! Il ne peut le moins, et il pourrait le plus! Cela est-il concevable? D'ailleurs quelle bizarrerie ne résulterait-il pas du système contraire? la même personne serait aujourd'hui mineure et demain majeure. Cette variété dans une chose qui, de sa nature, doit être permanente, puisqu'elle est attachée à la personne, ne serait-elle pas aussi ridicule qu'embarrassante?

Ces dernières raisons paraissent décisives: l'opinion qu'elles appuient présente, à la vérité, des inconvéniens; mais où ne s'en trouve-t-il pas? Il faudrait pour les éviter en cette matière, une loi uniforme, non seulement dans tout le royaume, mais dans l'univers entier, car l'établissement d'un étranger en France, ou d'un Français hors du royaume, donnerait toujours lieu à la question. Quoi qu'il en soit, les raisons tirées des vrais principes, doivent sans contredit l'emporter sur des inconvéniens qui ne se rencontrent pas toujours, et sur-tout sur ceux dont il s'agit dans cette espèce, parceque c'est à celui qui contracte avec un mineur à s'informer de son état et de sa capacité; *qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus.* (Loi 19, D. *de regulis juris*).

On objectera peut-être que nous détruisons la règle suivant laquelle un fils mineur n'a d'autre domicile que celui de son père: mais ce serait tirer une fausse conséquence de notre système. Nous disons que l'état du fils, en ce qui concerne sa minorité ou sa Majorité, dépend de la loi de sa naissance; mais nous disons en même temps qu'il suit le domicile paternel, et en cela il n'y a point de contradiction: témoin un exemple bien analogue à notre espèce. Il est certain que la femme change de domicile avec son mari, et qu'elle n'en peut avoir un autre que lui; néanmoins le président Bouhier (ch. 23, n. 3), établit que l'état de la femme, en ce qui concerne sa soumission à l'autorité maritale, ne dépend que de la loi du domicile matrimonial, quoique le mari soit venu, depuis le mariage, demeurer dans une autre coutume.

Mais, dira-t-on, si le changement de domicile du mineur, arrivé par le fait du père, n'opère rien sur l'état et la condition du mineur, il ne produira donc aucun effet? Ce n'est point encore là ce qui résulte de notre système. Le mineur transféré de Mons à Valenciennes, transportera avec lui tous ses meubles, toutes ses dettes actives, et généralement tous ses droits personnels. Tous ces objets, au lieu d'être régis par la coutume de Mons, le seront par celle de Valenciennes, et conséquemment ce sera la coutume de Valenciennes qui règlera sa succession mobilière, parceque l'état d'une personne n'influe aucunement sur la manière de partager ses biens après sa mort: ce sera encore la coutume de Valenciennes qui décidera de l'âge auquel il pourra tester de ses meubles, parceque la capacité de tester résultant de l'âge, n'a rien de commun avec ce qu'on appelle proprement l'état d'une personne; ce qui est si vrai que l'état se règle par le domicile, et que la situation décide seule de l'âge auquel on peut disposer à cause de mort, suivant l'art. 13 de l'édit perpétuel de 1611. (*V. Testament*). Or, dans l'espèce proposée, les meubles sont situés ou sont présumés l'être à Valenciennes.

Enfin, nous nous déterminons d'autant plus volontiers à regarder la loi de la naissance comme celle d'où dépend la minorité ou la Majorité, que ce sentiment a été érigé en loi expresse dans la Belgique: écoutons Cuvelier en son *Recueil d'arrêts du conseil de Malines*, §. 212. « La minorité des personnes dure diversement par les coutumes: dans quelques pays, elle s'étend jusqu'à vingt ou vingt-un ans; en d'autres jusqu'à vingt-cinq ans; à raison de quoi a été douté si l'on devait regarder la coutume du lieu de la situation de la chose aliénée, ou de la naissance de l'aliénateur, ou du lieu où il était domicilié. MM. du conseil d'Artois ont consulté à cet égard MM. du conseil privé (de Bruxelles), et il a été résolu de suivre la coutume de la naissance ». — Ce magistrat ne rapporte point la date du décret qui a donné à ce sentiment la sanction de l'autorité législative; mais je sais qu'il a été rendu le 11 février 1621; on le trouve dans le *registre aux mémoriaux* du conseil d'Artois, *fol.* 203.

§. V. *Le statut qui déclare majeur ou mineur une personne née dans son ressort, doit-il s'étendre aux biens situés ailleurs?*

Je ne crains pas beaucoup de contradicteurs en me déclarant pour l'affirmative dans les cas où il ne s'agit que de la capacité d'administrer; il n'y a rien de réel dans les objets qui ont rapport à la simple administration, tout y est personnel; c'est donc à la coutume qui règle l'état de la personne qu'il faut s'en rapporter, celle de la situation des biens ne doit être en cela d'aucune considération. D'ailleurs il serait absurde qu'une personne capable d'administrer les biens qu'elle a dans une coutume, fût obligée de rester en tutelle par rapport à ceux qu'elle a dans une autre: l'uniformité est,

Source : BIU Cujas

en quelque sorte, l'ame de toute administration; c'était pour s'y conformer que le droit romain déférait au tuteur créé par le juge domiciliaire, le soin et la régie de tous les biens situés ailleurs; on doit donc, par le même motif, laisser à un mineur émancipé par la loi de son domicile, l'administration de tout ce qu'il possède, même dans les coutumes qui exigent, pour cet effet, un âge plus avancé.

Mais le statut de la Majorité est-il personnel ou réel en tant qu'il permet de contracter et d'aliéner? Par exemple, un majeur de vingt ans né à Valenciennes, peut-il vendre sans décret de justice, les biens qu'il possède à Bruxelles, à Douai, à Paris, où l'on n'est capable d'aliéner qu'à vingt-cinq ans? Et réciproquement un majeur de vingt ans et mineur de vingt-cinq, né dans l'une de ces trois villes, peut-il vendre sans décret les biens qu'il a dans la coutume de Valenciennes?

Je trouve sur ce point la plus grande division entre les auteurs.

Paul Voët (*De statutis*, sect. 4, c. 3), et Jean son fils (*Ad D. lib.* 4, *t.* 4, *n.* 8), conviennent de la personnalité du statut de la Majorité; et malgré cela, ils soutiennent qu'il ne s'étend point au-delà de son territoire dans les matières réelles : ce qui est conforme à leur principe, que des statuts personnels ne doivent produire aucun effet même indirect *et per consequentiam*, sur les biens situés hors de leur territoire.

Burgundus (*Ad consuetudines Flandriæ, tract.* 1, *n.* 5), convient également que la Majorité dépend de la loi du domicile; et il en conclut que les actes personnels se règlent par cette loi, en quelque lieu qu'ils soient passés; mais à l'égard des actes réels, il soutient, comme les deux Voët, qu'il suffit pour les faire valablement, d'avoir atteint l'âge requis par la coutume de la situation. Il apporte pour exemple l'aliénation que ferait un habitant de Gand majeur de vingt-un ans, et mineur de vingt-cinq, d'un bien régi par les chartes générales du Hainaut. Le contrat de vente, dit-il, serait nul, parceque la loi du domicile rend le vendeur incapable de contracter; mais la déshéritance ou expropriation que ferait le vendeur entre les mains des juges de la situation, serait valable, parceque l'édit perpétuel de 1611 déclare, art. 13, que le statut qui règle la faculté de disposer à cause de mort, est réel, ce que l'on peut sans contredit étendre aux actes de disposition entre-vifs.

Stockmans adopte ce système, et rapporte un arrêt du conseil de Brabant qui le confirme. En voici l'espèce. Titius âgé de 20 ans et marié, n'était réputé majeur dans son domicile que pour l'administration de ses revenus. Il avait des biens dans la coutume de Louvain qui donne au mariage l'effet d'une Majorité pleine et entière, et en conséquence il les vendit sans aucune formalité. Son héritier voulut faire annuler la vente, sur le fondement que la loi du domicile du vendeur avait imprimé dans sa personne une incapacité qu'il avait portée dans la coutume de Louvain. L'acquéreur soutint au contraire que s'agissant d'un immeuble, on ne pouvait consulter d'autres lois que celles de la situation, et le conseil de Brabant jugea en sa faveur par arrêt du 30 octobre 1654. Stockmans applaudit à cette décision, et il apporte pour la justifier l'exemple de ce qui se pratique en Hainaut. Tous les jours, dit-il, on confirme dans cette province les aliénations de biens qui y sont situés, faites par des majeurs de 21 ans, quoique domiciliés dans des coutumes où il en faut 25 pour aliéner, *nimirùm quia mancipatio prædium ipsum potiùs quàm personam respicit.*

Peckius (*de testam. conjug. lib* 4, *cap* 24), soutient la même thèse d'après Balde.

L'opinion contraire ne manque point de défenseurs même parmi les jurisconsultes flamands. Rodemburg, dans sa dissertation sur la diversité des statuts (*tit* 2, *cap* 1), et Abraham de Wesel, sur les ordonnances d'Utrecht (*art.* 13, *n°* 23), s'élèvent avec la plus grande force contre le système de Burgundus et de ses partisans. — Quant aux jurisconsultes français, on sait qu'ils n'ont presque tous qu'une voix pour la même opinion.

Cette question est sans doute aussi épineuse qu'importante; mais la solution en deviendra facile, si nous commençons par poser les principes qui doivent nous y conduire.

1° *La loi qui donne à une personne un certain état et une certaine condition, est personnelle.* Je crois ce premier principe incontestable.

2° *La loi qui permet à un homme capable par état, ou défend à un homme incapable par état, quelque acte que ce soit de la vie civile, comme de contracter, d'aliéner, est une loi personnelle*, parceque les permissions ou les défenses qu'elle contient, ne sont, pour ainsi dire, que des corollaires de l'état de la personne.

3° *La loi qui, en laissant une personne dans son état, lui défend un acte particulier que son état lui permet, est une loi personnelle, si son objet est personnel; et réelle, si son objet est réel.* Ainsi, la prohibition faite à deux époux majeurs de s'avantager l'un l'autre, est réelle, parcequ'elle forme une exception à la capacité générale que les conjoints majeurs ont par état de disposer de leurs biens, et que son objet est réel.

4° Vice versâ, *si une loi laisse une personne dans son état, et lui permet quelque acte particulier que son état lui défend, il faut encore considérer la nature de son objet; s'il est personnel, la loi l'est également.* Ainsi, la faculté que la coutume de Valenciennes accorde à un majeur de 15 ans de contracter sans l'assistance d'un tuteur, a lieu en quelque pays que le mineur se trouve. *Si l'objet est réel, la loi doit aussi l'être.* Par exemple, les chartes générales de Hainaut permettent à un fils de famille de tester à l'âge de 18 ans des biens qu'il a pu acquérir par son industrie : comme ce statut n'agit

Source : BIU Cujas

point sur l'état universel de la personne, il est nécessairement réel; *quippè quæ*, dit Wesel à l'endroit cité, *nihilominùs in eodem statu, alieno scilicet juri atque potestati subjecta manet, verùm limitativè et circumscriptivè ad rerum alienationes et quidem per solam testamenti speciem sit directum, frustrà personæ tribueretur quod fine et contemplatione rei potiùs est introductum.*

Ces principes posés, hâtons-nous de passer aux conséquences qui en découlent.

Première conséquence. *Le statut de la Majorité pleine et entière est personnel, et s'étend aux biens situés hors de son territoire.*

La première partie de cette proposition est évidente : elle résulte nécessairement de mon premier principe, que la loi qui donne un certain état à une personne, est personnelle.

La seconde partie n'est pas moins certaine. Dès qu'une coutume déclare une personne majeure à 20 ans, par exemple, il faut absolument que la faculté qu'elle lui accorde d'aliéner ses immeubles, sans espérance de restitution, comprenne ceux qui sont situés dans un autre territoire : car, cette faculté est personnelle, et doit par conséquent suivre la personne par-tout. C'est une conséquence de mon second principe, que la loi qui permet quelque acte à une personne capable par état, ou qui défend quelque acte à une personne incapable par état, est personnelle, parceque ces permissions et ces défenses ne sont que des corollaires de l'état de la personne.

Les deux Voët, Burgundus, Stockmans et Peckius avouent le premier principe, mais ils n'admettent le second que pour le cas où l'objet du statut est personnel, parceque quand il s'agit de l'aliénation d'un immeuble, ils ne font aucune attention à l'état de la personne. Aussi s'accordent-ils à soutenir qu'un statut personnel ne peut produire le moindre effet sur les biens d'un autre territoire.

Mais il suffit d'examiner les conséquences de leur système, pour sentir combien il est mal fondé.

Supposons qu'un jeune homme âgé de 20 ans, soit domicilié dans une coutume qui défend non-seulement d'aliéner, mais encore de contracter avant 25 ans, et qu'il ait des biens dans une coutume qui lui permet l'un et l'autre. Comment pourra-t-il exercer la faculté que lui donne la coutume de la situation ? Pour vendre un immeuble, il ne suffit pas d'en faire une tradition, soit simple, *per inductionem in fundum*, comme dans la plupart des coutumes de France, soit solennelle, par des actes de dessaisine et saisine, comme dans les pays de nantissement ; il faut encore faire préalablement un contrat de vente, parceque, dit la loi 31, *de acquirendo rerum dominio*, au Digeste, *nunquàm nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur.* Or, comment ce jeune homme pourra-t-il contracter tandis que la loi de son domicile l'en rend incapable, et que les auteurs cités avouent que la faculté de contracter dépend uniquement de la loi qui régit la personne ?

Burgundus a prévu cette objection, et sa réponse est digne de son système. Il convient de la nullité du contrat de vente, il avoue même que si le mineur ne veut pas se déshériter du bien qu'il a vendu, on ne peut pas l'y contraindre par action personnelle ; mais il soutient que si ce mineur se déshérite, l'expropriation a son effet.

Quoi qu'en dise cet auteur, on ne concevra jamais comment une tradition faite sans titre et sans cause, peut être valable. Les chartes générales du Hainaut sont peut-être les seules lois qui aient à cet égard dérogé aux vrais principes, en établissant, chap. 94, art. 4, qu'un fils de famille peut aliéner à 21 ans, quoiqu'aux termes du chap. 110, il ne puisse pas s'obliger personnellement ; et une pareille dérogation est sans contredit trop bizarre, pour qu'on puisse l'étendre aux coutumes qui, en gardant le silence sur ce point, sont censées s'en être rapportées au droit commun.

Burgundus se récrie sur ce qu'il lui paraît impossible qu'un statut fasse loi hors de son territoire : mais ne trouve-t-on pas le même inconvénient dans son système? Pour qu'une personne domiciliée dans une coutume qui la rend incapable par état, puisse vendre et aliéner les biens qu'elle a dans un autre, il faut, suivant le système de Burgundus, que cette dernière coutume la rende capable ; or, comment une loi peut-elle habiliter une personne qui ne lui est point soumise, sans étendre son empire au-delà de son territoire ?

Au reste, cette extension des effets de la loi domiciliaire, aux biens situés hors de son territoire, n'a rien qui doive surprendre ; quand on dit qu'une coutume qui fixe à un certain âge la Majorité pleine et entière, s'étend aux immeubles régis par d'autres coutumes dont les dispositions sont différentes, on n'entend pas que ce soit par sa propre force, car toute loi réelle ou personnelle est d'elle-même bornée par son territoire. Mais on veut dire que cette extension s'opère en vertu d'une espèce de concordat passé tacitement entre les différens peuples. C'est ce que j'ai développé à l'article *puissance paternelle*.

On peut même dire avec Boullenois que, dans notre espèce, la loi de la situation ne fait que déférer à l'état de la personne réglé par la loi domiciliaire ; et que par cette déférence, elle ne relâche rien de ses droits sur les biens situés dans son territoire. En effet, « quand un homme est majeur à 20 ans dans la coutume de son domicile, et que la coutume de la situation de ses biens où il en faut 25, souffre néanmoins qu'il en dispose, cela ne change rien à cette loi, puisqu'elle veut elle-même que le majeur en puisse disposer : elle défère seulement à la qualité de majeur que la loi du domicile donne à la personne ».

Source : BIU Cujas

C'est en considérant l'état de la personne, et en le faisant influer sur les biens situés hors de la coutume qui le détermine, que le parlement de Flandre a jugé par arrêt du 30 mars 1697, qu'une femme mariée et domiciliée en Hainaut, n'avait pu disposer par testament des biens qu'elle possédait à Tournai, parceque, suivant les chartes générales toute femme qui ne s'est pas réservé par son contrat de mariage la faculté de tester, en est incapable par état. (*Desjaunaux, tom.* 1, §. 146.)

Il n'y a donc rien d'étrange ni de contraire aux principes, dans l'influence que nous attribuons au statut de la Majorité sur les biens situés hors de son territoire.

Ainsi, un jeune homme de 20 ans, né à Valenciennes, où cet âge ne donne qu'une Majorité imparfaite, peut se faire restituer contre l'aliénation des immeubles qu'il a en Normandie où l'on est parfaitement majeur à 20 ans. Au contraire, un majeur de 20 ans né en Normandie, ne peut pas se faire restituer contre l'aliénation des immeubles qu'il a dans la coutume de Valenciennes (1).

Par la même raison, un mineur marié et domicilié à Valenciennes, ne peut pas se faire restituer contre l'aliénation d'un bien situé, soit dans le chef-lieu du même nom, soit dans toute autre partie du Hainaut: et au contraire, un mineur marié et domicilié, soit dans le chef-lieu de Valenciennes, soit dans celui de la cour, soit enfin dans celui de Mons, peut se faire restituer contre l'aliénation d'un bien situé dans la ville ou dans l'ancienne banlieue de Valenciennes.

C'est en partant du même principe, qu'il a été jugé qu'un jeune homme de vingt ans, domicilié à Senlis, où l'on n'est majeur qu'à vingt-cinq ans, n'avait pu aliéner les immeubles qu'il avait dans la coutume d'Anjou, où l'on est majeur à vingt ans. L'arrêt a été rendu le 28 août 1600, à la cinquième chambre des enquêtes du parlement de Paris. (*Louet, lettre C, n.* 42.)

SECONDE CONSÉQUENCE. *Le statut qui donne à une personne la faculté de contracter à un âge au-dessous de vingt-cinq ans, sans néanmoins lui ôter le remède de la restitution, est personnel.*

C'est une suite de notre troisième principe. L'état de mineur emporte, suivant le droit commun, l'incapacité de contracter; on peut donc dire d'une coutume qui, sans déclarer une personne majeure, lui permet cependant de contracter, qu'elle laisse cette personne dans son état, et qu'elle lui permet ce que les règles générales de son état lui défendent. Or, l'objet de cette permission est personnel; la coutume l'est donc également.

Ainsi, un mineur né à Valenciennes, peut contracter à l'âge de quinze ans, en quelque pays qu'il se trouve: et un mineur né à Mons, ne peut contracter avant l'âge de vingt-cinq ans, quand même il se trouverait à Valenciennes.

TROISIÈME CONSÉQUENCE. *Le statut qui permet l'aliénation des biens à un âge au-dessous de vingt-cinq ans, sauf la restitution, est réel.*

C'est encore une suite de notre troisième principe. La faculté d'aliéner ne rend majeur celui à qui elle est accordée, que lorsqu'elle exclut le bénéfice de restitution: quand elle ne l'exclut pas, elle laisse la personne dans son état de mineur; il est donc vrai de dire en ce cas, que la coutume permet à la personne ce que son état lui défend, et comme cette permission tombe sur un acte réel, elle forme nécessairement un statut réel.

Ainsi, un majeur de vingt ans, né à Valenciennes, ne peut aliéner les biens qu'il possède dans le chef-lieu de la cour, parceque les chartes générales ne permettent les aliénations qu'aux personnes âgées de vingt-un ans. C'est ce que je trouve avoir été jugé par le parlement de Flandre, séant à Cambrai, entre le sieur Le Bouck du Rompeau et la veuve Blancher. Il s'agissait d'une vente faite à celle-ci par le sieur Mesureur, d'un bien situé dans le chef-lieu de la cour. L'aliénation a été annullée, parceque le sieur Mesureur n'avait que vingt ans, quoique la coutume de Valenciennes, où il était né domicilié, permette d'aliéner à cet âge.

Par la même raison, un mineur né et domicilié dans une coutume qui ne lui permet d'aliéner qu'à vingt-cinq ans, peut cependant disposer des biens qu'il a dans une coutume étrangère, pourvu qu'il ait atteint l'âge prescrit par celle-ci, et que la permission d'aliéner qu'elle lui accorde, ne soit pas

---

(1) Denizart rapporte un arrêt du 4 juin 1749, qu'il prétend avoir jugé qu'un Normand, majeur de vingt ans, n'avait pas pu vendre ses biens régis par la coutume de Paris. — On tient au contraire pour maxime certaine en Normandie, qu'un majeur de vingt ans accomplis est capable de disposer de ses biens, et d'ester à droit dans tous les tribunaux du royaume, sans assistance de tuteur ni de curateur. — On ne peut nier que l'opinion des jurisconsultes de Normandie ne soit conforme à la pureté des principes. En effet, le statut qui règle la Majorité, est regardé par tous les auteurs comme un statut personnel; on ne peut pas être majeur pour un lieu et mineur pour un autre, non plus qu'on ne pourrait dire qu'un homme est sain d'esprit en Normandie et qu'il est en même temps dépourvu de bon sens à Paris. Quand une coutume déclare majeure une personne âgée de vingt ans, c'est de même que si elle décidait positivement que cette personne a acquis le jugement suffisant pour se conduire dans ses affaires. On peut comparer un mineur à un interdit. Celui qui est interdit par un tribunal, l'est pour tous les lieux, jusqu'à ce qu'on lève son interdiction; mais quand l'interdiction est levée par un tribunal, elle l'est également pour tous les lieux: de même, quand une coutume déclare une personne majeure, elle lève, pour ainsi dire, l'interdiction où la mettait sa minorité, et elle la rend capable de tous les actes de la société; elle doit donc porter sa capacité par-tout; elle ne peut pas plus le diviser qu'elle ne peut diviser sa propre existence. — Dire que cette Majorité normande ne vaut que comme émancipation, ce n'est pas interpréter la loi, mais la détruire; car l'art. 38 du règlement de 1666, qu'on a rapporté ci-dessus, §. 1, n. 3, déclare positivement les majeurs de vingt ans capables de vendre leurs biens, meubles et immeubles, sans espérance de restitution, sinon pour les causes suivant lesquelles les majeurs peuvent être restitués. (*Note de* M. LAFORÊST.)

Source : BIU Cujas

exclusive de la restitution. Ainsi, un mineur né et domicilié en pays de droit écrit, où il est défendu d'aliéner avant vingt-cinq ans, peut disposer à l'âge de vingt ans, des biens qu'il possède dans le chef-lieu de Valenciennes, et à celui de dix-huit ou de vingt-un, suivant le sexe, des biens qu'il possède dans le chef-lieu de Mons. — C'est ce qui a été jugé au parlement de Flandre, par arrêt du 22 juillet 1720, confirmé par un autre rendu en révision, le 17 juin 1722, au rapport de M. Ruyant de Cambronne. Il s'agissait de quelques mainfermes de la banlieue d'Avesnes, qui avaient été vendus par le sieur de Sarieux, du consentement de Jeanne Haverland, sa femme, à qui ils appartenaient, et de Lucie et Françoise de Fieux, ses belles-filles, auxquelles ils étaient dévolus par la mort de leur père. Les héritiers des demoiselles de Fieux disaient, pour faire annuller cette vente, qu'elles n'avaient pu y donner leur consentement, attendu qu'elles n'étaient alors âgées, l'une que de vingt-deux ans, et l'autre de vingt; qu'ainsi, aux termes du droit écrit qui régissait la ville de Grenade en Guyenne, où elles étaient nées et domiciliées, leur consentement était nul. Mais il a suffi au sieur de Bévière, héritier de l'acquéreur, de répondre que le chap. 8 de la coutume du chef-lieu de Mons permet aux filles qui ont atteint l'âge de dix-huit ans, *de loer et consentir les vendages* que font leurs *parâtres* des biens *hypothéqués*, c'est-à-dire, affectés à leurs droits, et que cette permission forme un statut réel.

Il ne faut cependant pas conclure de là que, pour juger de l'aliénation d'un bien régi par un statut de cette nature, on ne doive indistinctement consulter aucune autre loi. Nous avons vu qu'une tradition ne peut être valable, si elle n'est fondée sur un titre légitime, et que c'est la décision expresse de la loi 31, D. *de acquirendo rerum dominio*. Il faut donc distinguer si le statut qui permet à un mineur d'aliéner, déroge à cette loi, ou s'il n'y porte aucune atteinte.

S'il y déroge, comme font les chartes générales du Hainaut, on ne doit point examiner si le mineur qui veut aliéner, est capable de contracter, c'est-à-dire, s'il a atteint l'âge auquel la loi de sa naissance lui permet de s'obliger, mais seulement s'il est parvenu à celui auquel le statut qui régit ses biens, lui en permet l'aliénation. Burgundus avait donc raison de dire qu'un habitant de Gand peut, à l'âge de vingt-un ans, aliéner les fiefs qu'il a en Hainaut, quoique la coutume de son domicile lui défende de contracter avant vingt-cinq ans : mais il faut bien prendre garde d'étendre avec Burgundus, cette conséquence aux coutumes qui ne dérogent point à la loi 31, D. *de acquirendo rerum dominio*. Si le mineur qui veut aliéner, est domicilié dans une de ces coutumes, il faut qu'il soit capable de contracter; et comme cette capacité dépend de la loi domiciliaire, il faut qu'il ait eu, en naissant, son domicile dans une coutume qui lui permette de contracter à l'âge auquel la coutume qui régit ses biens, lui permet de les aliéner. Qu'un majeur de vingt ans, né à Valenciennes, vende un bien qu'il possède dans le chef-lieu du même nom, la chose est sans difficulté, parceque la même coutume qui lui permet de se déshériter, lui permet aussi de former, par un contrat personnel, le titre qui doit servir de fondement à la déshéritance. Mais qu'un mâle âgé de vingt ans, et né dans le chef-lieu de Valenciennes, veuille vendre un bien qu'il y possède, il ne pourra le faire, parceque les chartes générales qui régissent sa personne et fixent son état, ne lui permettent de contracter qu'à l'âge de vingt-un ans.

Prenons un autre exemple hors du Hainaut. A Douai, les enfans qui, au décès de leur père et de leur mère, ont atteint l'âge de vingt ans, si ce sont des mâles, et de dix-huit, si ce sont des filles, *sont tenus*, dit la coutume, ch. 7, art. 1er, *pour âgés, usans de leurs droits, et habiles à contracter, sans qu'il soit besoin de leur donner curateur.* S'ils n'ont pas atteint cet âge, au jour de la mort de leur père et de leur mère, on leur donne un tuteur, sans l'autorité duquel ils ne peuvent contracter, jusqu'à ce qu'ils soient ou émancipés judiciairement, ou pourvus d'un état honorable, ou parvenus à l'âge de vingt-cinq ans. C'est la disposition de l'art. 3 du même chapitre. Dans l'un et l'autre cas, la coutume les déclare incapables d'aliéner.

Supposons qu'un de ces enfans, âgé de dix-huit ou vingt ans, suivant le sexe, ait des biens dans le chef-lieu de Valenciennes, pourra-t-il les vendre ? Je distingue ; ou cet enfant est dans le cas de l'art. 3 du ch. 7 de sa coutume, c'est-à-dire, incapable de s'obliger personnellement; ou il est dans le cas de l'art. 1er du même chapitre, c'est-à-dire, habile à contracter. Dans le premier cas, il ne pourra pas vendre, parcequ'une aliénation ne peut pas subsister sans titre légitime; il le pourra dans le second, parcequ'étant capable de s'obliger, rien ne l'empêche d'exercer la faculté réelle que lui donne la coutume de la situation de ses biens.

Mais ne détruisons-nous pas ici tout ce que nous disions tout à l'heure de l'influence des statuts personnels sur les biens situés hors de leur territoire? Dans la dernière espèce dont nous venons de parler, le mineur de Douai ne doit-il pas être arrêté par la coutume de son domicile, qui lui défend d'aliéner avant l'âge de vingt-cinq ans ?

Non : et pour sentir qu'il n'y a point de contradiction entre ce que nous avançons ici et ce que nous avons dit plus haut sur les effets des statuts personnels, il faut bien distinguer les cas où un statut personnel concourt avec un autre de la même nature, de ceux où il concourt avec un statut réel.

Dans le premier cas, le statut personnel du domicile doit l'emporter sur le statut personnel de la situation. C'est précisément ce que l'on a prouvé, en établissant que la loi qui fixe la Majorité parfaite à un certain âge, s'étend sur les biens situés dans les autres territoires.

Source : BIU Cujas

Dans le second cas, le statut réel de la situation l'emporte sur le statut personnel du domicile : par exemple, un majeur est domicilié dans une coutume qui lui permet de disposer à son gré de tous ses biens; cette coutume, d'après notre second principe, forme un statut personnel cependant, si cet homme a des biens dans une autre coutume qui restreint le pouvoir de disposer à une certaine quantité, et qui conséquemment est réelle, suivant notre troisième principe, il est certain qu'il ne pourra rien aliéner au-delà.

Ainsi, le statut personnel ne s'étend sur les biens situés hors de son territoire, que lorsqu'il concourt avec un autre statut personnel ; il ne s'y étend pas lorsqu'il concourt avec un statut réel. Or, dans l'espèce dont nous parlions tout à l'heure, la coutume de Douai qui défend au mineur de vingt-cinq ans d'aliéner ses biens, est, à la vérité, personnelle; mai celle de Valenciennes dans laquelle se trouvent les biens, est réelle; c'est donc celle-ci qui doit l'emporter.

V. Main-morte (gens de), §. 7.

[[§. VI. *État actuel de la législation française sur la Majorité.*

La Majorité a été fixée à vingt-un ans par la loi du 20 septembre 1792, concernant les actes de l'état civil : « Toute personne (y est-il dit, tit. 4, sect. 1, art. 1), sera majeure à vingt-un ans accomplis ».

Cette disposition est renouvelée par l'art. 488 du Code Napoléon : « La Majorité (porte-t-il), est fixée à vingt-un ans accomplis ; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la restriction » concernant le mariage, dont il est parlé au mot *Empêchement*, §. 5 (tome 4, p. 512 et suivantes.)

« Les progrès de la civilisation, en bien comme en mal (disait à ce sujet M. Emmery, conseiller d'état, à la séance du corps législatif du 28 ventose an 11), ont determiné l'innovation faite sur ce point il y a douze ans; on n'a pas remarqué qu'il en fût résulté des inconvéniens capables de motiver un nouveau changement. La constitution (du 22 frimaire an 8) donne à vingt-un ans l'exercice des droits politiques; la loi ne peut refuser au même âge l'exercice des droits civils ».

V. Mineur.]]

MALADE. *V. Apothicaire, Chirurgien, Médecin, Lit d'hôpital, Don mutuel, Exoine, Épizootie* et *Maire.*

* MALTE (ORDRE DE). C'est un ordre religieux et militaire tout ensemble, le seul qui remplisse aujourd'hui les fonctions de son institut.

[Nous distribuerons en quatre paragraphes tout ce que nous avons à en dire. — Dans le premier, il sera question de l'origine de l'ordre de Malte. — Dans le deuxième, on parlera des personnes qui le composent, des qualités et des conditions requises pour y être reçu; de son gouvernement, des dignités et des commanderies qui en dépendent. — Dans le troisième, on examinera quel est, par rapport aux effets civils, l'état des membres de l'ordre de Malte.— [[Et l'on retracera dans le quatrième, les changemens survenus dans cet ordre depuis 1789.]]

§. I. *Origine de l'ordre de Malte.*

Cet ordre (dit l'abbé de Vertot, dans l'histoire qu'il en a publiée), d'abord hospitalier, devenu militaire, et depuis souverain, que la charité fit naître, que le zèle de défendre les lieux saints arma ensuite contre les infidèles, et qui, dans le tumulte des armes et au milieu d'une guerre continuelle, sut allier les vertus paisibles de la religion, avec la plus haute valeur dans les combats, fut institué vers la fin du douzième siècle. Il avait commencé lorsque la ville de Jérusalem était encore sous la puissance des infidèles. Les religieux y desservaient un hôpital dédié à saint Jean l'Aumônier, d'où ils furent appelés les hospitaliers de Saint-Jean de Jérusalem. Les chrétiens ayant fait la conquête de cette ville, ces hospitaliers crurent devoir seconder de si heureuses entreprises, et joindre la valeur à l'humanité. Ils prirent donc les armes pour défendre les chemins contre les incursions des infidèles. Cette nouvelle fonction leur attira un grand nombre de nobles de toute la chrétienté : alors le titre de chevaliers fut joint à celui d'hospitaliers, et l'ordre fut composé de trois sortes de religieux, de frères chevaliers, de clercs, et de frères servans. Les papes leur accordèrent les plus grands privilèges, et ajoutèrent aux trois vœux ordinaires celui de secourir les pélerins et de combattre les infidèles. Le bienheureux Gérard, natif de Martigues, en Provence, homme plein de zèle et de charité, fut le premier supérieur de cet ordre, et en est regardé comme l'instituteur. En 1187, Soliman s'étant rendu maître de Jérusalem, à la faveur de la division qui régnait entre les princes chrétiens, la profession des chevaliers les obligea de suivre le parti des vaincus. Ils se retirèrent dans la forteresse de Margat, et quelques années après dans celle de Saint-Jean d'Acre, où l'ordre subsista près de cent ans, malgré les attaques continuelles des Sarrasins. Les forces de ceux-ci prévalurent à la fin sur la valeur des chevaliers, qui trouvèrent un nouvel asile dans l'île de Chypre, auprès de Lusignan, roi de Jérusalem. Les secours qu'ils reçurent, et leur bravoure leur ayant fait conquérir l'île de Rhodes, ils s'y établirent vers l'an 1310, et prirent le nom de chevaliers de Rhodes. Depuis la prise de cette île, en 1522, par Soliman II, ils errèrent d'établissemens en établissemens, à Messine, aux îles d'Hieres, à Viterbe, jusqu'en 1530. Ils se fixèrent alors dans l'île de Malte. Cette île fut donnée à l'ordre par Charles-Quint, à condition que les chevaliers y auraient toujours un nombre suffisant de vaisseaux pour faire la guerre aux Turcs; qu'ils se tiendraient sous la protection du roi d'Espagne et de ses successeurs, et que le

Source : BIU Cujas

grand-maître leur enverrait tous les ans un faucon par forme de tribut.

§. II. *Des personnes qui composent l'ordre de Malte ; des qualités et des conditions requises pour y être reçu ; de son gouvernement, de sa juridiction ; des dignités et des commanderies qui en dépendent.*

L'ordre de Malte ou de Saint-Jean de Jérusalem est aujourd'hui distribué en trois classes : la première, est celle des chevaliers ; la seconde, celle des chapelains pour le service spirituel ; la troisième, celle des servans d'armes pour le service militaire.

L'ordre a aussi des *prêtres d'obédience* pour desservir les bénéfices de l'ordre ; ils peuvent porter la croix des *servans d'office*, pour le service de l'hôpital ; et des *donnés* qui peuvent être mariés : ils n'ont qu'une croix à trois branches ; ce qui leur a fait donner le nom de demi-croix.

La croix des chevaliers est à quatre branches, et émaillée de blanc. Ils la portent attachée à un cordon noir. Leur habit militaire est une soubreveste rouge en forme de dalmatique, ornée d'une croix blanche sans pointe.

Les chapelains ou servans d'armes ont une croix émaillée comme celles de chevaliers ; mais ils ne la portent que par une permission du grand-maître.

Tous les profès de l'ordre sont obligés de porter une croix octogone ou à huit pointes, de toile blanche, sur le côté gauche de leur habit : c'est la véritable marque de leur profession ; la croix émaillée n'est qu'un ornement.

Le nombre de profès n'est pas à beaucoup près aussi considérable que celui des reçus. On ne s'engage ordinairement par des vœux, que lorsqu'on est en rang d'obtenir une commanderie.

L'ordre est partagé en huit langues ou nations ; savoir : Provence, Auvergne, France, Italie, Aragon, Allemagne, Castille et Angleterre : mais depuis le schisme de ce dernier royaume, on ne doit plus compter que sept langues. Celle de Provence a le premier rang, en considération du bienheureux Gérard, qui était de cette province. Ces sept langues ont chacune leur chef résidant à Malte : on le nomme *pilier* ou *bailli conventuel*. Tout l'ordre est gouverné par un grand-maître : les chevaliers lui doivent une étroite obéissance pour ce qui concerne les statuts de l'ordre ; il n'a d'autorité monarchique que sur chaque particulier.

Le gouvernement général est aristocratique, et composé des premières dignités de l'ordre. Le sacré conseil de l'ordre est ordinaire ou complet. Au conseil ordinaire assistent le grand-maître, comme chef, et les grands-croix, qui sont l'évêque de Malte, le prieur de l'église, les baillis conventuels, les grands prieurs et les baillis capitulaires. Le conseil complet est composé des grands-croix et des deux plus anciens chevaliers de chaque langue. Le grand-maître a voix prépondérante. Les chevaliers lui donnent le titre d'*éminence*, et le peuple qui lui est soumis, celui d'*altesse*. Son habit est une sorte de soutane de tabis ou de drap, ouverte par le devant, et liée d'une ceinture d'où pend une bourse, symbole de la charité, qui fut le premier objet de l'institut, et par-dessus une robe de velours, le tout orné de la croix à huit pointes. Lorsqu'il va à l'église, il prend un long manteau à bec.

Après la dignité de grand-maître, les premières sont celles des piliers ou *baillis conventuels* des différentes langues. Le chef ou pilier de la langue de Provence, qui est la première, a la charge de grand-commandeur. Le pilier de la langue d'Auvergne est grand-maréchal ; celui de la langue de France, grand-hospitalier ; celui de la langue d'Italie, grand-amiral ; celui de la langue d'Allemagne, grand-bailli ; celui de la langue de Castille, grand-chancelier ; la langue d'Angleterre, qui ne subsiste plus, avait pour chef le grand-turcopolier ou général d'infanterie.—Après les piliers viennent les grands-prieurs, ensuite les baillis capitulaires, ainsi nommés, parcequ'ils ont voix dans les chapitres de l'ordre.—Les premières dignités ecclésiastiques sont l'évêque de Malte et le grand-prieur de Saint-Jean. Lorsque l'évêché de Malte est vacant, le grand-maître présente trois sujets au roi de Naples, qui a droit de choisir, comme ayant succédé aux droits de Charles-Quint sur l'île de Malte.

Dans chaque langue, il y a plusieurs grands-prieurés, des bailliages capitulaires et des commanderies. La langue de Provence a les deux grands-prieurés de Toulouse et de Saint-Gilles, le bailliage de Manosque, et soixante-dix commanderies. La langue d'Auvergne a le grand-prieuré d'Auvergne, le bailliage de Lyon, et cinquante commanderies. La langue de France a les trois grands-prieurés d'Aquitaine, de France et de Champagne, deux bailliages, celui de la Morée ou de Saint-Jean de Latran à Paris, la trésorerie à l'île près Corbeil, et quatre-vingt-quatorze commanderies. Il y a dans la langue d'Italie sept grands-prieurés, cinq bailliages, et cent cinquante-neuf commanderies ; dans celle d'Aragon, trois grands-prieurés, trois bailliages, et soixante-deux commanderies ; dans celle d'Allemagne, quatre grands-prieurés, dont deux ne sont que des titres, deux bailliages, et quarante-neuf commanderies ; dans celle de Castille, deux grands-prieurés, quatre bailliages et soixante-sept commanderies.--Cela fait en tout vingt-deux grands-prieurés, dix-neuf bailliages capitulaires, et cinq cent soixante-dix commanderies. On compte deux mille chevaliers, trois cents chapelains, et trois cents frères d'obédience.

Le grand-maître confère les grands-prieurés et les revenus qui y sont attachés.

Les commanderies sont affectées, les unes aux chevaliers, les autres aux chapelains et aux servans d'armes. Il faut, pour être commandeur, avoir fait profession et être de la nation où est située la commanderie.—Elles sont de justice ou de grace,

Source : BIU Cujas

selon qu'elles sont conférées. Les commanderies de justice se donnent par rang d'ancienneté : pour y prétendre, il faut avoir résidé cinq ans à Malte, et avoir fait quatre caravanes, c'est-à-dire, quatre campagnes sur les vaisseaux de la religion. Celui qui a amélioré sa commanderie par des réparations considérables, peut prétendre à une plus riche, à titre d'*améliorissement*. A l'égard des commanderies de grace, elles sont données par le grand-maître ou le grand-prieur, sans observer le rang d'ancienneté. Il est alors indifférent qu'elles soient affectées par leur fondation aux chevaliers ou aux servans. On peut les donner également aux uns ou aux autres. On a appelé *commanderies magistrales*, celles qui appartiennent de droit au grand-maître dans chaque grand-prieuré ; il peut les posséder par lui-même ou en gratifier qui il lui plaît.

On ne peut être admis dans la classe des chevaliers de l'ordre de Saint-Jean de Jérusalem, qu'on ne prouve quatre quartiers de noblesse du côté du père et de la mère; l'aspirant présente à cet effet son extrait baptistaire et le mémorial de ses preuves au chapitre ou à l'assemblée générale du grand-prieuré dans le ressort duquel il est né. Ce mémorial contient les extraits de titres qui justifient la légitimité et la noblesse du présenté et des quatre familles du côté paternel et maternel, c'est-à-dire, du père et de la mère, des aïeuls et des bisaïeuls : les preuves doivent aller au-delà de cent ans; ainsi il faut quelquefois remonter jusqu'aux trisaïeuls, et aux quatrièmes aïeuls. Si le présenté a besoin de quelque dispense, elle s'obtient du pape par un bref, ou du chapitre général; mais elle doit être entérinée par le sacré conseil. Les dispenses se donnent ordinairement pour quelques quartiers où la noblesse manque principalement du côté maternel. Lorsque le présenté a été admis à faire ses preuves, le chancelier du grand-prieuré délivre une commission qui nomme des commissaires pour examiner ces preuves; elles peuvent se faire par contrats, témoins, titres, épitaphes et autres monumens. Si le rapport est favorable, les titres sont envoyés à Malte sous le sceau du grand-prieuré; ils y sont examinés de nouveau par le chapitre de la langue ; et lorsque les preuves sont admises, le présenté est reçu chevalier; son ancienneté commence à courir dès l'instant de cette première réception, s'il paye son passage, qui est de deux cent cinquante écus d'or; autrement il ne peut compter cette ancienneté que depuis sa profession.

Les chevaliers sont reçus ou d'*âge* ou de *minorité*, ou en qualité de pages du grand-maître. L'âge requis est de seize ans pour la réception, de dix-sept pour le noviciat, de dix-huit pour la profession. La minorité est au-dessous de seize ans. C'est le grand-maître qui accorde la dispense ; il peut l'étendre jusqu'à six ans et même au-dessous, quelquefois jusqu'à un an. L'ancienneté commence à courir de la date de la bulle de minorité, pourvu que l'on paye à l'ordre, dans l'espace de deux ans, certains droits qui peuvent être évalués à près de 4,000 liv., monnaie de France. Cette somme une fois payée, ne peut être répétée, quand même le récipiendaire n'entrerait point dans l'ordre, pour quelque cause que ce fût, ou qu'il en sortirait. Le privilège du présenté de minorité, est qu'il peut demander une assemblée extraordinaire pour y obtenir une commission, afin de faire ses preuves, ou pour les présenter, sans attendre le chapitre ou l'assemblée provinciale : il peut aller à Malte dès l'âge de quinze ans, pour y commencer son noviciat : mais il doit y être à vingt-cinq, pour faire profession à vingt-six au plus tard; passé cet âge, il ne peut dater son ancienneté que du jour de sa profession : il a le droit, dès que ses preuves sont reçues, de porter la croix d'or, que les autres ne doivent porter qu'après leur profession.

A l'égard des chevaliers-pages, le grand-maître en a seize. Ceux qui veulent entrer dans l'ordre par cette voie, doivent obtenir d'abord des titres de pages : à onze ans, ils sont admis aux preuves ; à douze, ils commencent leur service ; c'est de ce terme qu'ils datent leur ancienneté. Ils font profession à seize ans; leur passage est de deux cent cinquante écus d'or. Si la place de page était remplie, de sorte que le présenté ne pût y entrer, il perdrait son privilège, et son ancienneté commencerait seulement à seize ans accomplis.

On n'exige point de preuves de noblesse de la part des chapelains et des servans d'armes ; ils doivent prouver seulement qu'ils sont issus d'une alliance légitime et d'une famille honnête ; les professions mécaniques en sont exclues. Les chapelains sont reçus diacres ou clercs conventuels depuis dix ans jusqu'à quinze; leur passage est de cent écus d'or : ceux qui ont plus de quinze ans, doivent obtenir une dispense, et leur passage se paye double. Les servans d'armes peuvent se présenter à seize ans ; leur passage est de deux cents écus d'or : ils obtiennent quelquefois, par leur valeur et leurs services, dispense de noblesse, et sont faits chevaliers de grace.

Les prêtres d'obédience sont reçus sans preuves, et sans être obligés d'aller à Malte : ils sont ainsi nommés, parcequ'ils obéissent au grand-prieur ou commandeur, qui les reçoit pour faire la desserte des prieurés ou des cures de l'ordre : ils portent la croix blanche sur le manteau, et jouissent des privilèges de la religion. Il y a des gentilshommes de ce nombre.

Les servans d'office sont employés à Malte, au service de l'hôpital et d'autres semblables fonctions. Tous ces frères, ainsi que les chevaliers, de quelque rang, qualité et dignité qu'ils soient, sont obligés, aussitôt qu'ils ont fait leurs vœux, de porter sur le manteau ou justaucorps, du côté gauche, la croix octogone; ce qui s'observe exactement à Malte.

La juridiction de l'ordre s'exerce par trois tribunaux, qui sont, le conseil ordinaire, le conseil complet, dont nous avons fait mention, et le chapitre général. On appelle du conseil ordinaire au

Source : BIU Cujas

conseil complet, et de ce conseil au chapitre général : mais comme il n'est plus d'usage d'en tenir, on porte l'appel du conseil complet au pape, que les statuts qualifient de premier supérieur de l'ordre. Ces privilèges sont une exception à la maxime générale reçue en France, suivant laquelle les supérieurs d'ordre résidens en pays étrangers, ne peuvent exercer de juridiction sur les religieux français, ni ceux-ci être cités hors du royaume.

§. III. *Quel est, par rapport aux effets civils, l'état des membres de l'ordre de Malte.*

I. Les membres de cet ordre religieux militaire qui ont prononcé les vœux, sont, ainsi que ceux qui ont fait profession dans un ordre monastique, morts civilement; ils sont incapables de succéder à leurs parens, et ne peuvent disposer par testament de leur pécule qu'avec la permission du grand-maître. Cette incapacité de succéder ne rend cependant point un chevalier profès étranger à sa famille; la jurisprudence des arrêts l'autorise à demander une pension à ses parens, jusqu'à ce qu'il soit pourvu d'un bénéfice ou d'une commanderie.

Il a été jugé par arrêt du grand-conseil du 15 septembre 1687, que les chevaliers peuvent, avant leur profession, pour subvenir à leur entretien et subsistance, se réserver l'usufruit et la jouissance, pendant la vie, des biens qu'ils délaissent.

Un autre arrêt du parlement de Metz, du 30 mai 1661, a décidé que les parens d'un chevalier de Malte, saisis de ses droits, sont obligés de contribuer au paiement de sa rançon, jusqu'à concurrence de sa légitime. (M. Guyot.) *

On peut voir sur cette matière, l'article *Héritier*, sect. 2, §. 2, et l'article *Légitime*, sect. 3, §. 1, n. 8.

II. Les chevaliers de Malte peuvent-ils être institués héritiers, ou recevoir des legs, soit universels, soit particuliers? — Cette question a été discutée de nos jours avec autant de sagacité que de profondeur; voici dans quelle espèce :

La veuve du sieur Varnier, greffier en chef des requêtes de l'hôtel, étant morte au mois de septembre 1763, il se trouva sous le scellé apposé après son décès, un testament olographe qu'elle avait fait le 20 septembre 1761, et par une des dispositions duquel elle avait légué au chevalier de Resseguier, une douzaine d'assiettes, une cafetière, une écuelle couverte et une bouilloire, le tout d'argent, avec des rideaux de taffetas cramoisi, un paravent, deux paires de draps neufs, un lit de toile composé de rideaux, courtepointe, soubassement, bois, ciel, matelas et couverture, une tapisserie de drap de soie, trois glaces, un petit secrétaire, des bras de cheminée, un feu doré, quatre petits fauteuils, une petite table noire servant à écrire, deux coins couverts de marbre, et l'Histoire sainte de Sacy, reliée en maroquin rouge. Une autre clause du même testament était ainsi conçue : « supposé que M. le commandeur de Resseguier soit absent à ma mort, je veux que les meubles que je lui laisse, soient remis par l'exécuteur de mon testament à madame Desirat ».

Telle était la disposition qui concernait le chevalier de Resseguier; on voit que la valeur de ce legs n'était pas bien considérable. Il résultait d'un relevé produit par les héritiers de la testatrice, dans le procès dont il va être parlé, que les différentes pièces d'argenterie comprises dans ce legs, valaient 1745 liv. 15 sous; et que les autres objets avaient été prisés, sauf la crue, à 1020 liv.

Les héritiers de la testatrice pensèrent que le chevalier de Resseguier n'était pas fondé à exiger qu'ils exécutassent le testament à son égard : des avocats qu'ils avaient consultés, les avaient confirmés par leur avis dans cette idée, en sorte qu'en faisant instruire le chevalier de Resseguier par le baron d'Aussi, l'un d'eux, de la disposition du testament qui le concernait, ils lui avaient fait en même temps annoncer la répugnance qu'ils avaient à le satisfaire, s'il leur demandait la délivrance de son legs. D'un autre côté, ils avaient fait signifier à l'exécuteur testamentaire un acte d'opposition formelle à ce qu'il eût à se dessaisir des effets compris dans ce legs.

Le 24 mars 1764, le chevalier de Rupierre, en sa qualité de receveur et procureur général de l'ordre au grand-prieuré de France, et le chevalier de Resseguier, obtinrent conjointement au grand-conseil, une commission en vertu de laquelle, par exploits des 3 et 7 avril suivant, ils y firent assigner le sieur de Mortière, comme exécuteur testamentaire, et le baron d'Aussi, tant en son nom, comme héritier du chef de Jeanne-Louise Poisson, son épouse, qu'au nom et comme curateur des demoiselles Poisson, sœurs de sa femme, aussi héritières de la testatrice, savoir, le baron d'Aussi pour se voir condamner à faire au chevalier de Resseguier la délivrance de son legs, et le sieur de Mortière, pour voir déclarer l'arrêt commun avec lui. — Le baron d'Aussi et le sieur de Mortière comparurent sur cette assignation, et fournirent leurs défenses.

La cause portée à l'audience du grand-conseil, le receveur et procureur général de l'ordre de Malte et le chevalier de Resseguier soutenaient que les chevaliers de Malte ne pouvaient être comparés aux religieux des autres ordres, et qu'ils en étaient distingués par des différences essentielles; qu'ils étaient capables de recueillir des legs particuliers; et que la question avait été décidée en leur faveur, toutes les fois qu'elle s'était présentée. — « Les autres religieux (disaient-ils) sont destinés par état à être renfermés dans l'intérieur des cloîtres; ils doivent y vivre dans la retraite et dans la prière, et y trouver, aux dépens de leur ordre, tout ce qui est nécessaire à leur subsistance et à leur entretien : séparés du siècle avec lequel ils ne doivent avoir aucune communication, ils peu-

Source : BIU Cujas

vent édifier les citoyens, mais ils ne sont pas citoyens eux-mêmes; ils n'ont plus la vie civile. — Il n'en est pas de même des chevaliers de Malte : Les supposera-t-on morts civilement, lorsqu'il est certain qu'ils sont perpétuellement employés à la défense de la religion et de l'État? Ce sont des religieux, mais des religieux militaires et citoyens, qui ne ressemblent en rien aux religieux des autres ordres. — Il n'y a point de conventualité hors de Malte; ils sont obligés de vivre à leurs dépens dans le siècle, jusqu'à ce qu'ils soient parvenus à des commanderies. Leur ordre ne leur fournit rien pour subsister. — Tant que le service de l'ordre ne les appelle pas à Malte, ils vivent dans les états des princes dont ils sont nés sujets; et ils n'y vivent pas en sujets inutiles; ils y sont employés dans les négociations politiques et dans les armées; le tableau des officiers généraux en offre un grand nombre : ils ne sont pas exclus des conseils de guerre, où l'on inflige différentes peines, même celle de mort, à ceux qui les méritent; au contraire, ils assistent à ces conseils, et concourent aux jugemens qui s'y rendent. Un religieux de tel ordre qu'on puisse imaginer, hors celui de Malte, exercerait-il une pareille fonction? Non, sans doute; elle n'appartient qu'à quelqu'un qui a un être civil, à un citoyen qu'on ne peut supposer incapable de tous effets civils. — Tout est donc différent entre un chevalier de Malte et un religieux de tel ordre que ce puisse être; on ne peut les comparer; ce qui est permis à l'un est interdit à l'autre; il n'y a entre eux aucune ressemblance. — Que les chevaliers de Malte puissent recevoir des legs d'effets mobiliers, c'est ce qui ne saurait être révoqué en doute. Pourquoi n'auraient-ils pas ce droit? Leurs vœux ne les en excluent pas. Il leur est d'ailleurs accordé par les statuts de l'ordre, confirmés par nos rois et enregistrés au grand-conseil. — Le vœu de pauvreté n'étant pas compatible avec leur état, ils ne le prononcent pas, comme on le croit vulgairement; celui qu'ils prononcent, n'emporte qu'une renonciation à la propriété des immeubles, et est bien différent, dans ses effets, du vœu formel de pauvreté qui lie les religieux des autres ordres, et qui renferme une renonciation absolue, non seulement à toute propriété, mais encore à toute jouissance de biens quelconques. La règle à laquelle les chevaliers de Malte sont soumis, ne leur défend pas de posséder des biens, mais seulement de les posséder avec trop d'affection : ce n'est pas la pauvreté proprement dite, c'est l'esprit de pauvreté, le détachement des biens temporels, qu'elle a voulu leur inspirer. — Il est encore certain que le texte du statut 10 du titre *des contrats et aliénations*, et du statut 57 du titre *des commanderies*, suppose nécessairement en eux la faculté d'acquérir et des biens immeubles et des biens meubles. — D'ailleurs, pour quel motif un chevalier de Malte serait-il exclu du droit de recevoir un legs mobilier? On dit que l'ordre succédant à la dépouille de chaque chevalier, l'intérêt public exige que le chevalier soit privé d'un droit qui tendrait à enrichir l'ordre aux dépens des familles. Mais rien de plus illusoire que ce prétexte d'intérêt public : on pourrait réclamer contre le droit de recevoir des legs universels et capables d'absorber tout le mobilier des successions : mais il n'en peut être question dans une espèce telle que celle-ci, où il ne s'agit que d'un legs particulier et modique; personne n'ignore qu'il n'est pas un chevalier de Malte qui ne dispose entre-vifs, et qui n'use au moins du droit qu'il a de tester du quint de son pécule. S'il reçoit d'un côté, il donne de l'autre : cette réflexion fait évanouir ces grands mots, que l'Etat est intéressé à empêcher que l'on fasse des legs mobiliers aux chevaliers de Malte. Il n'y aurait pas de réciprocité, si, tandis que le chevalier de Malte peut donner et donne en effet, il était défendu à ce même chevalier de recevoir un don ou legs d'effets mobiliers et peu considérables. — La proposition contraire est certaine : une jurisprudence consacrée par une foule d'arrêts, l'établit d'une manière invincible. Il n'est donc plus possible de la remettre en problème ».

Les héritiers de la dame Varnier disaient qu'ils avaient deux adversaires; qu'il convenait de distinguer le chevalier de Resseguier, légataire de la dame Varnier, et le chevalier de Rupierre, receveur et procureur général de l'ordre de Malte; — Qu'à l'égard du chevalier de Resseguier, il était incapable d'ester en justice, attendu sa profession en religion; qu'ainsi, il y avait lieu de le déclarer non recevable dans sa demande, comme étant personnellement sans qualité pour la former; — Que par rapport au chevalier de Rupierre, on n'aurait pu lui contester la capacité de stipuler pour l'ordre de Malte, qu'il représentait en sa qualité de receveur et procureur général au grand-prieuré de France; mais qu'il y avait cependant lieu de le déclarer non recevable dans sa demande, ou de l'en débouter; — 1° Que, dans le droit et en général, tous les religieux, par leur profession, sont incapables de posséder en propre aucuns biens meubles ni immeubles, et par conséquent de succéder, comme de recevoir des legs même mobiliers; — 2° Que les chevaliers de Malte étant engagés comme les autres religieux, par les vœux solennels de religion, il n'y a point de différence à faire à leur égard, quant à l'essence de ces vœux; qu'en un mot, ils ne peuvent recueillir ni successions ni legs mobiliers ni autres, moins encore de personnes étrangères; — Que l'incapacité des religieux, de posséder aucuns biens en propre, et de succéder, est établie par notre droit commun, qui est prouvé incontestablement, soit par les textes précis des coutumes et des ordonnances, soit par la jurisprudence des arrêts; — Que, d'un autre côté, il suffit de jeter les yeux singulièrement sur le statut du grand-maître Raymond, qui est à la tête de la règle à laquelle les chevaliers de Malte sont soumis, pour se convaincre qu'on ne peut mettre aucune différence entre eux et les autres religieux, puisque

Source : BIU Cujas

ce statut leur prescrit d'observer les trois vœux de chasteté, d'obéissance, et de ne posséder en propre aucune sorte de biens ; — Que, dans le fait, le legs qui avait été fait au chevalier de Resseguier par la dame Varnier, n'était pas modique, mais, au contraire, considérable, eu égard aux forces de la succession laissée par la dame Varnier ; — Que, si les chevaliers de Malte étaient autorisés à recevoir des legs, même mobiliers, ce serait la chose la plus nuisible à l'intérêt des familles, qui, insensiblement, seraient dépouillées au profit de l'ordre de Malte, auquel appartiennent les pécules amassées par ses chevaliers ; — Qu'il s'en fallait bien que, jusqu'à présent, ils eussent été autorisés à recevoir des legs de personnes étrangères ; et qu'en effet, aucun des arrêts cités de la part du chevalier de Rupierre, n'était relatif à cette espèce ; mais que tous ceux qui pouvaient s'appliquer à des chevaliers de Malte, concernaient des dispositions qui avaient été faites au profit de ces chevaliers par leurs parens.

Telle est l'analise des moyens que les parties s'opposaient respectivement.

M. l'avocat général de La Briffe a porté la parole dans cette cause importante. Voici les morceaux les plus remarquables de son plaidoyer :

« L'ordre de Malte, qui réclame une exception à une loi générale, est de tous les ordres celui qui la mérite le plus, si elle doit être accordée ; et le cas où il la demande, est aussi celui où elle peut s'accorder avec le moins de danger. Ce ne sont point des religieux qui prétendent revenir du fond de leur solitude, usurper des successions sur les citoyens et les ensevelir dans leurs monastères. L'ordre de Malte ne prétend point au droit de succéder et de reprendre les biens de la société à titre héréditaire et universel. Il convient que l'intérêt de l'Etat et la loi de ses vœux lui ont interdit cette faculté, qui suppose une jouissance pleine et parfaite de tous les effets civils, sans être exclu de tous : en effet, le droit de succéder et la simple capacité de recevoir quelques legs de meubles, ont entre eux une distance immense. Le premier serait un droit coactif, impérieux, indépendant de la volonté des citoyens, qui agirait sans cesse contre eux, malgré eux, qui porterait peu à peu les biens des plus riches familles dans un seul ordre, et rendrait à la fin l'île de Malte souveraine propriétaire de tous nos biens. Un pareil droit ne peut convenir à des religieux, quels que puissent être leurs privilèges et leurs services. Mais la faculté de recevoir des legs mobiliers, ne suppose qu'une étincelle de vie civile ; elle est toute passive dans celui qui en profite : elle ne force personne à donner ; elle est précaire et dépendante de la volonté d'autrui : bornée de tous côtés, elle porte sur les objets les moins importans de la propriété. Est-ce là un torrent dangereux, qui menace d'entraîner à Malte les richesses et les biens de l'Etat ? Ce ne sera jamais qu'un ruisseau faible, incapable d'alarmer, sans cesse interrompu, circulant dans l'Etat même, et rentrant presque toujours dans la source d'où il est sorti : encore la libéralité, qui en serait le principe unique, n'est qu'une affection rare et faible, qui a besoin du concours de plusieurs circonstances pour être excitée, et qui est toujours balancée par mille autres penchans plus forts et bien plus ordinaires.

» Voilà autant de rapports qui entrent nécessairement dans la question présente, et que l'on ne peut séparer des motifs de sa décision.

» Il en est encore d'autres qui se joignent aux premiers. L'ordre de Malte renferme une double institution, et présente un double caractère : il est à la fois religieux et militaire ; c'est un état composé de deux professions en apparence les plus incompatibles ; et il n'est pas aisé de déterminer laquelle est la dominante. *Miro quodam ac singulari modo vivunt*, disait saint Bernard, *adeò ut penè dubitem quin potiùs censeam appellandos monachos an milites.* La vocation militaire n'est point une qualité accidentelle ajoutée à la vocation religieuse, sans y tenir essentiellement. Ce quatrième vœu est comme les trois autres, de l'essence du chevalier de Malte, ou plutôt les trois autres sont subordonnés au dernier ; c'est ce dernier qui est le but important et principal de leur établissement ; ils ne se font religieux que pour être meilleurs soldats : leur vœu d'obéissance régulière est le serment de leur engagement militaire. Ils ne promettent de rester pauvres, que pour combattre avec plus de courage ; ils ne quittent la société, que pour y rentrer transformés en guerriers. L'acte et l'instant de leur profession ne sont qu'un passage de l'état civil à l'état militaire. Le caractère religieux disparaît, sans être anéanti, dès qu'il est contracté ; celui de guerrier est le seul qui reste visible, et attire partout nos regards et notre admiration. Ce double caractère doit naturellement introduire à leur égard des différences et des distinctions qui n'auront point lieu pour les simples religieux. C'est sous cette double vue qu'il faut les considérer, pour être juste. Si on les sépare, ce n'est plus un chevalier de Malte qu'on aura jugé, mais un être imaginaire, et qui ne lui ressemble point.

» On peut donc établir comme un premier principe dicté par le bon sens et tiré de la nature des choses, que l'ordre de Malte peut être compris dans la classe des religieux, quant au nom générique ; mais en même temps, qu'il forme une espèce singulière et distinguée des autres, et par la forme et par le but de son institution. Ainsi, lorsqu'il s'agit de discuter les droits et les facultés dont l'ordre de Malte est susceptible, il ne suffit pas d'établir, dans la thèse générale, les lois qui concernent les religieux, et de conclure ensuite que les chevaliers de Malte l'étant aussi, l'application de ces lois tombe nécessairement sur eux ; ce serait s'arrêter à la moitié du chemin que l'on doit parcourir ; il resterait encore à prouver que ces mêmes lois sont, dans le fait, appliquées à l'ordre de Malte, ou à

Source : BIU Cujas

démontrer les raisons de justice et d'égalité qui exigent qu'elles le soient.

» Par la même raison, on ne peut pas franchir l'intervalle de la première conséquence à une conséquence plus éloignée de ces mêmes lois : par exemple, si l'incapacité de succéder est commune à l'ordre de Malte comme aux autres religieux, il n'est pas encore décidé si celle de recevoir des legs mobiliers l'est aussi. En effet, il est évident qu'il y a une différence essentielle entre ces deux cas et ces deux droits; et les raisons d'égalité qui, pour le premier, ne distinguent point l'ordre de Malte des autres, peuvent cesser pour le second.

» Ces principes simples et incontestables font une partie essentielle de la discussion même, et sont comme l'instrument le plus sûr d'une décision équitable.

» Les religieux ont été mis au rang des morts dans l'état des citoyens du royaume. Le jour de leur profession est celui de leur mort civile; leurs biens se partagent sans retour entre leurs parens et leurs héritiers; et ils sont déclarés incapables de toutes successions tant légitimes que testamentaires. — Telle est la maxime invariable de notre jurisprudence.

» Les dernières lois de Justinien, dont l'extrême faveur eut pour motif de rétablir les monastères ruinés par les ravages des Goths, ne conviennent point à nos mœurs, et seront toujours contraires aux coutumes du royaume. La mort civile qu'emporte le vœu de religion, l'intérêt des familles et celui de l'État, ont force d'assujettir les religieux à la même loi qui, chez les Romains, privait les bannis de tous les effets civils. *Neque hereditas, neque legatum, neque fideicommissum hujusmodi personis contra mores et jus publicum relinqui potest, nec conditio harum personarum mutari.* Et ceux qui, parmi nous, s'exilent de la société par vertu, sont traités comme ceux qui, chez les Romains, en étaient bannis par le crime. La cause est bien différente, mais l'effet est le même.

» Ils ne peuvent plus rien prétendre dans l'héritage de leur famille, si ce n'est quelques pensions modiques, quelques legs par forme d'aumône ou d'alimens, que leurs parens ou la libéralité des étrangers peuvent leur transmettre, et qu'ils ne peuvent encore recevoir que par les mains de leur supérieur. Telles sont nos lois et nos usages. Tous les religieux profès, en général, sont incapables de donner ou de reçevoir aucuns biens de la société, soit à titre universel, soit à titre de legs particulier, excepté des alimens, lorsque le legs joint à sa modicité une destination marquée et reçue. Un legs de 300 liv. fait à un augustin par son père, fut déclaré nul, en 1675, par arrêt du parlement de Bourgogne, parcequ'il était pur et simple et sans destination.

» Remontons aux principes de cette loi. La profession religieuse et le vœu de pauvreté ne sont point par eux-mêmes incompatibles avec la possession des biens de la terre; ce n'est que le serment d'un détachement intérieur de ces biens et dont l'homme est comptable à Dieu qui a reçu sa promesse. Il n'en résulte point dans l'homme une incapacité physique et absolue de posséder ces biens; et même l'incapacité civile des religieux n'a point existé de tout temps, comme elle n'est point non plus universelle. Il fut un temps où ils ont succédé; il est des États où ils succèdent encore. L'homme, en se vouant à Dieu, ne mérite point d'être puni de ce sacrifice, et de perdre aucun de ses droits naturels; et il est toujours certain que, si ce vœu entraînait par sa nature des conséquences de cette espèce, il n'en est aucune dont l'église et l'État ne pussent dispenser.

» Ainsi, la loi qui prive les religieux des effets civils, est une loi purement positive, fondée sur l'intérêt de l'État qui peut l'anéantir, l'étendre, la resserrer suivant cet intérêt, et suivant ses rapports avec chacun des ordres religieux qui se forment dans son enceinte; la société laissant à Dieu le soin de récompenser ceux de ses sujets qui se séparent d'elle pour aller se donner à lui, s'est acquittée de tout ce qu'elle leur doit à cet égard, en leur assurant la subsistance, la protection et la paix.

» C'est à elle à examiner ensuite de quelle utilité sociale les membres sont au corps politique, quelle mise civile ils apportent dans la masse commune du gouvernement, et à régler sur cette proportion le retour qu'elle leur doit en biens, en droits, en récompenses civiles. S'ils ne lui donnent rien comme citoyens, elle ne doit rien leur rendre à ce titre. S'ils lui rapportent une partie de cette valeur, elle peut leur rendre une partie des effets civils: elle pourrait les leur rendre tous, s'ils avançaient tous les secours, faisaient toutes les fonctions, portaient toutes les charges qui sont communes aux citoyens. Ce n'est donc point un paradoxe, mais une vérité toute simple, qu'il pourrait, dans un État et même dans la France, exister un ordre religieux tel, qu'il jouît de tous les effets civils, tandis que tous les autres en seraient privés, parce que l'intérêt politique de l'État, la mesure et la qualité des services de ses sujets, religieux ou libres, sont la règle naturelle de leur exclusion ou de leur participation aux droits de la société, qui ne se gouverne point par des principes abstraits et métaphysiques, mais qui se règlent sur les rapports des membres au corps, de la partie au tout, et sur l'échange réciproque des avantages et des services mutuels. — Ces principes primitifs, aussi clairs qu'incontestables, auraient suffi pour démontrer, par la nature même de la loi qui établit en France l'incapacité des religieux en général, que ce n'est pas tant le nom que les choses qu'il faut considérer, pour bien juger ce qui est ou ce qui doit être; que cette loi peut varier dans ses rapports; et que les conséquences qu'on en tire, pour être appliquées à un ordre différent de tous les autres, doivent être vérifiées chacune en particulier.

» Il n'en est pas de la mort civile comme de la mort naturelle; celle-ci n'admet point de plus ou de moins. Elle est, ou bien elle n'est pas, et elle

Source : BIU Cujas

est la même pour tous : l'autre est une fiction politique qui est divisible, et peut avoir plusieurs degrés; ainsi, chez les Romains, les vestales étaient, dans les premiers temps, mortes civilement pour les successions *ab intestat*, et ne l'étaient pas pour les successions testamentaires auxquelles elles étaient admises. — Rien n'empêche de même que les religieux de Malte ne soient, comme les autres, morts civilement pour une partie des effets civils, et ne le soient pas pour une autre partie de ces effets.

» Quelle est la conséquence qui résulte de l'exposition de ces principes? C'est qu'il faut d'abord écarter la comparaison qu'on a faite de l'ordre de Malte, avec les autres ordres, parcequ'ils sont religieux comme eux, et dont on a voulu faire une règle de décision dans la question particulière. Sans doute, elle n'a rien d'injurieux pour les chevaliers de Malte qui se déshonoreraient, s'ils rougissaient aujourd'hui d'un caractère aussi respectable par lui-même qu'ils savent encore anoblir, et qu'ils se sont volontairement imprimé; mais cette comparaison pêche dans la justesse et s'éloigne de la vérité. Sans rappeler les services éclatans de cet ordre respectable, la grandeur et la dignité de son institution, le zèle et la valeur des grands hommes qui le composent, une foule de différences essentielles distinguent l'ordre de Malte de la classe ordinaire des autres religieux.

» Il suffira de rapporter quelques unes de ces distinctions caractéristiques. — Il faut d'abord convenir que les chevaliers de Malte jouissent dans l'état civil de privilèges et de droits interdits à tous les autres religieux.

» Ce ne ne sont point ici des graces arbitrairement accordées ou retirées, selon que l'imagination des juges s'échauffe ou se refroidit sur l'idée de la prééminence de cet ordre et de l'importance de ses services; ce sont des distinctions civiles, décidées et constantes, fondées sur la nature et les qualités constitutives de cet ordre.

» 1° Il faut rétablir celle qu'on a contestée aux chevaliers de Malte dans la personne du chevalier de Resseguier, et dont on a fait contre lui une fin de non-recevoir. On a prétendu qu'il n'avait pas qualité pour demander la délivrance du legs qui lui a été fait, et que sans doute l'ordre l'a reconnu lui-même, puisque son receveur et procureur général est venu l'assister de son intervention. L'ordre peut intervenir dans toute cause qui l'intéresse, et celle-ci est de ce nombre; mais cette intervention ne doit point être prise pour une autorisation du chevalier de Resseguier; la raison en est simple : c'est qu'elle ne lui est pas nécessaire.

» On n'a jamais disputé aux chevaliers de Malte le droit d'ester en jugement sans autorisation de leur supérieur. On est convenu de ce droit, mais on l'a restreint aux commanderies et aux actions qui peuvent naître de l'administration des commanderies : on leur refuse ce droit dans les cas où il s'agit de leur intérêt personnel. Jamais, dit-on, l'on n'a vu des religieux former au conseil la demande d'une pension viagère; c'est par la voie seule des supérieurs ou procureurs généraux des ordres qu'ils peuvent se faire entendre.

» C'est précisément la première différence que nous avons annoncée entre les chevaliers de Malte et les autres religieux. Qu'on parcoure tous les arrêts où des chevaliers de Malte ont formé des demandes, soit pour leurs pensions, soit même pour être admis à partager les successions de leur famille, et l'on verra s'ils ont eu besoin d'autorisation spéciale, ou même de l'intervention de l'ordre. Ce fait est trop constant, et les preuves en sont trop multipliées, pour qu'il soit nécessaire de s'y arrêter.

» Et en effet, d'où dérive la faculté d'ester et d'actionner en jugement? N'est-ce pas de celle de contracter à laquelle elle est nécessairement attachée? et nous trouvons ici une seconde différence à l'avantage des chevaliers de Malte, à l'exclusion des autres religieux.

» Il est bien vrai que les religieux, lorsqu'ils sont titulaires de bénéfices, peuvent contracter pour l'intérêt de leurs bénéfices, comme les chevaliers de Malte pour celui de leurs commanderies; que malgré la maxime, que tout ce qui est acquis par le religieux, est acquis au monastère, ils peuvent avoir un pécule et même en disposer, pourvu que ce ne soit pas en fraude de l'abbé ou du monastère à qui il doit revenir.

» Mais ce serait une erreur que de confondre la capacité de contracter des autres religieux avec celle des chevaliers de Malte, ainsi que la nature du droit par lequel les uns et les autres jouissent et disposent de leur pécule.

» La maxime *vivunt ut liberi, moriuntur ut servi*, n'est régulière et vraie dans toute son étendue, que pour les seuls chevaliers de Malte. Pour les autres elle n'est reçue que par tolérance et par nécessité. Rien n'a été plus étroitement défendu par les lois de l'église, que la possession particulière et le pécule des religieux. Elles ne leur permettaient pas même de le posséder au nom du monastère; elles voulaient que leurs mains fussent fermées, comme leur cœur, à tous les biens de la terre; elles regardaient cette possession comme une espèce de sacrilège, et refusaient même un tombeau à tout religieux à qui on aurait trouvé un pécule à sa mort.

» Cependant, malgré ces lois, la desserte des bénéfices qui se trouvaient dans des lieux séparés de la communauté, introduisit la nécessité de laisser à ceux qui les desservaient, l'administration de leurs revenus. Le concile de Latran ne pouvant tolérer la conséquence, proscrivit la cause, et ordonna que les religieux abandonneraient ces sortes d'emplois et de retraites particulières qui les séparaient de la communauté. Ni ces retraites ni le pécule ne furent abandonnés par les religieux; cet usage réprouvé pénétra même dans l'intérieur des monastères, où chaque religieux, sous prétexte de divers offices, se fit un bien particulier; et l'abus public, dit Ricard, est devenu une loi qui n'a pas dérogé à la véri-

Source : BIU Cujas

table : en sorte qu'il a passé aujourd'hui en maxime qu'un religieux est le maître indépendant de son pécule.

» C'est donc ici l'usage qui a fait violence à la règle : la règle n'est point anéantie quoique l'usage subsiste ; ce droit n'est point réel dans le religieux; il n'en jouit que précairement, par pure tolérance, par des raisons étrangères à ses devoirs, et qui au fond ne l'en dispensent point.

» Ce n'est pas ainsi que le droit d'avoir un pécule appartient aux chevaliers de Malte ; ils le tiennent d'une origine plus légitime et plus honorable. Il n'est point chez eux le fruit du relâchement de leur institution primitive : ce n'est point par abus qu'il s'est introduit après coup dans leur ordre ; ce n'est point le long usage qui l'y a fait supporter ; ce n'est point l'impuissance de l'en chasser qui l'a fait légitimer; il est aussi ancien que l'ordre même, et né avec lui ; il tient à sa constitution et fait partie de ses statuts ; il est au nombre des engagemens que l'ordre contracte avec le chevalier qui y fait profession ; on pourrait en dépouiller les autres religieux sans qu'ils pussent s'en plaindre, puisqu'on ne ferait que rendre un libre cours aux lois de l'église qu'ils se sont obligés à observer ; au lieu qu'on ne pourrait l'ôter à un chevalier de Malte, sans lui faire injustice. Ce serait lui imposer un joug nouveau qui n'est point renfermé dans son vœu, et qu'il n'a jamais accepté.

» Aussi, comme ce droit est réel et légitime pour le chevalier de Malte, il a bien plus d'étendue pour lui que pour les autres religieux. Il n'a pas besoin, comme eux, de bénéfices ni d'offices pour colorer la possession d'un pécule. Il a ce droit et l'exerce, soit qu'il soit commandeur, soit qu'il ne le soit pas encore, et dût-il ne l'être jamais : il est même obligé par nécessité de s'en former un au moment qu'il entre dans l'ordre, puisqu'il faut qu'il subsiste à ses frais, long-temps avant d'avoir part aux biens de l'ordre.

» Et c'est ici la troisième différence essentielle entre les autres religieux et les chevaliers de Malte : c'est que la maxime, *quidquid acquirit monachus, acquirit monasterio*, n'est pas universellement vraie pour le chevalier de Malte : il faut distinguer entre les biens de l'ordre, et les biens de leur famille ou autres qu'ils peuvent acquérir par leur industrie. Quant aux premiers, leur jouissance n'est pas pleine et entière ; leur administration est restreinte par les statuts qui leur défendent de les aliéner, de les engager sans le consentement de l'ordre et du chapitre général ; mais quant aux biens de famille, ou provenans de leur industrie, ils peuvent, tant qu'ils vivent, en disposer en pleine liberté et de leur seule autorité ; à cet égard, ils sont capables de tous les contrats qui entretiennent la société des hommes et conservent leurs intérêts ; ils sont capables de tous actes entre-vifs, et cela sans avoir besoin ni de l'autorisation ni de l'intervention de l'ordre. C'est un droit qui est personnel aux chevaliers de Malte, droit connu de la société, et d'après lequel elle contracte avec eux sans crainte et sans danger ; droit confirmé par la jurisprudence des arrêts la plus constante, et sur-tout par celui de 1715, contre les prétentions même de l'ordre.

» On a voulu se prévaloir dans cette cause des moyens par lesquels le défenseur de l'ordre combattait, en 1715, la capacité de contracter de ses chevaliers, soit avec les familles, soit pour tous les biens qui n'étaient pas biens de l'ordre, sans avoir besoin ni de son autorité ni de son consentement ; « alors, dit-on, alors on prétendait que les chevaliers de Malte ressemblaient en tout aux autres religieux, et qu'il n'y avait entre eux aucune distinction à faire ; doit-on leur permettre de varier ainsi dans leurs principes et dans leur intérêt présent ? Sont-ils donc incertains sur leur état et sur la nature de leurs droits »? — La faiblesse de cette remarque est sensible. S'il est arrivé que, dans une contestation, l'ordre ou son défenseur ait outré les principes, leur ait donné une extension sans bornes, malgré les exceptions connues et reçues ; qu'importent à la décision présente, des prétentions alléguées avant le jugement qui les a rejetées ? Les couleurs que l'orateur prodigue à sa cause, les argumens spécieux qu'il hasarde, les interprétations forcées qu'il donne aux maximes, tous ces efforts de l'éloquence et de l'art pour arracher la victoire et faire des surprises à la vérité, en paraissant la servir, sont-ce là les lois que la justice consulte ? Sont-ce là les oracles qu'elle croit infaillibles ? Non, sans doute, les vrais principes en sont indépendans; et leur lumière perce toujours au milieu de ces nuages élevés par l'intérêt. Les principes qui règlent les droits de l'ordre, ceux de ses chevaliers, et la distinction qui est entre ceux-ci et les autres religieux, sont invariables. Ils agissent également et contre l'ordre en faveur des chevaliers, et contre les chevaliers en faveur de l'ordre, lorsque les uns et les autres s'en écartent, soit volontairement, soit par erreur ; et ils ont été confirmés en 1715, en assurant aux chevaliers de Malte le droit et la liberté personnelle de contracter en leur nom avec leur famille, et de disposer des biens qui ne sont pas biens de l'ordre, par tous les actes entre-vifs dont les citoyens sont capables.

» *De toutes les acquisitions que nos frères auront faites, ils en jouissent pendant leur vie.* art. 10 du titre 16 des statuts.

» C'est encore une vérité et une quatrième différence entre les autres religieux et les chevaliers de Malte, que ceux-ci peuvent, avant leur profession, se réserver la jouissance et l'usufruit des biens qu'ils délaissent, ainsi que leurs meubles; ce principe est encore confirmé par un arrêt du parlement, du 15 septembre 1687, rendu en faveur de l'ordre, contre le marquis de Preuilly.

» Or, c'est là un droit dont les autres religieux sont absolument exclus, et qu'ils n'ont jamais possédé.

» De ces biens qu'ils se réservent, usufruits, pensions, meubles, ils en ont la libre et pleine posses-

Source : BIU Cujas

sion, l'entière disposition pendant leur vie, en un mot, il n'y a que les dispositions à cause de mort, faites *in casu aut respectu mortis*, qui leur soient interdites. Il n'y a pas jusqu'aux contrats feints et simulés, quoique prohibés par les statuts, qui n'aient leur exécution contre eux, pourvu que le créancier la poursuive pendant leur vie; cette liberté de posséder, de jouir, de disposer, ne les abandonne qu'aux approches de la mort. Mais il leur reste encore ici la faculté d'exercer en partie un des actes les plus importans du citoyen, et c'est une cinquième différence bien caractéristique entre eux et les autres religieux.

» Pour les autres, l'incapacité de tester est universelle et sans retour. Les chevaliers de Malte peuvent disposer par testament avec la permission du grand-maître et du chapitre général, de la cinquième partie de leur pécule, toutes dettes, même celles de l'ordre déduites; ainsi, ils participent, même en mourant, à l'acte le plus éminent de la liberté civile. S'ils ont besoin, pour l'exercer, de demander la permission du grand-maître, cette circonstance n'est point absolue, elle n'est que relative entre le chevalier et l'ordre: ce qu'il faut considérer ici, ce n'est pas que le grand-maître puisse à la rigueur leur refuser cette permission; mais que l'État leur ait accordé ce pouvoir. C'est de l'État que le chevalier tient cette faculté, et le grand-maître le pouvoir de le permettre. Ni les supérieurs des autres communautés, ni le pape même, ne peuvent rendre cette faculté à leurs religieux, dont la mort civile est complète à cet égard; ainsi, sans parler de leur profession militaire, dont l'incompatibilité avec la profession religieuse subsiste pour les autres ordres, union singulière de deux états opposés, qui pourrait seule entraîner des exceptions du même genre, voilà cinq caractères, cinq distinctions réelles et civiles, bien constantes et bien établies entre les chevaliers de Malte et les autres religieux:

» 1° Droit d'ester en jugement pour leurs intérêts et biens personnels, sans l'intervention ni l'autorisation de l'ordre.

» 2° Droit légitime et personnel d'avoir un pécule, aussi ancien que l'ordre, et attaché à son institution.

» 3° Capacité de contracter avec leur famille, avec les citoyens, de disposer à leur gré pendant leur vie des biens qu'ils possèdent, et qui ne sont pas biens de l'ordre.

» 4° Droit de se réserver, avant leur profession, des usufruits ou des pensions sur les biens dont ils abandonnent la propriété.

» 5° La capacité de tester et de disposer à leur mort du quint de leur pécule.

» Ce sont autant de différences et de participations aux effets civils qui sont propres aux chevaliers de Malte, et dont les autres religieux sont privés. Tous ces droits ne sont point des infractions à leur vœu de pauvreté, puisqu'ils sont confirmés par leurs statuts, par les arrêts, et qu'ils en jouissent sous les yeux de l'État et des lois.

» C'est ainsi qu'en raisonnant d'après les faits, et en considérant les choses, on parvient à apprécier les différentes dénominations. C'est donc avec raison que M. de Marillac, dans une cause célèbre qui intéressait l'ordre de Malte, disait que les chevaliers de cet ordre étaient bien de vrais religieux, mais *largo modo*, suivant l'expression de Panorme, et dans un sens beaucoup plus libre.

» D'après cela, il est évident que s'ils font, comme les autres, les trois vœux de religion, s'ils font un vœu de pauvreté, ce vœu n'est point en tout semblable à celui des autres. La preuve qui le démontre, est sensible et sans réplique: c'est que tous ces droits, dont nous venons de faire l'énumération, subsistent avec le vœu de pauvreté des chevaliers de Malte, au lieu que la privation de ces mêmes droits est prononcée dans le vœu de pauvreté des autres.

» Ce vœu de pauvreté qui diffère par la chose, diffère encore par les termes; les autres religieux font un vœu de pauvreté absolue et sans distinction ni restriction, *cum paupertate*, de ne rien posséder en particulier. Celui des chevaliers de Malte se borne à vivre sans propre, *et vivere sine proprio*. Ce vœu, dit Lebrun, ne leur défend pas de jouir par usufruit ou par forme de pension, mais seulement de ne rien s'approprier.

» Le vœu des autres religieux les oblige à ne rien posséder en particulier, mais à vivre en commun: celui des chevaliers de Malte n'emporte point cette obligation. Ils ont le droit et la faculté de posséder en particulier; cette possession est précaire et dépendante quant aux immeubles et aux biens de l'ordre, parcequ'elle n'est pas jointe à la faculté d'en disposer; mais elle est libre et pleine, quant à leurs biens de famille et à leur pécule; seulement elle a des bornes plus resserrées que leur vie: elle ne les suit pas jusqu'à la mort; elle est imparfaite en ce que le droit d'en disposer par testament ne leur est accordé qu'avec limitation.

» Il est donc certain qu'on peut assigner plusieurs différences caractéristiques entre les chevaliers de Malte et les autres religieux. On ne peut donc pas conclure par analogie des uns aux autres.

» Mais ce n'est pas assez que ces différences particulières existent: elles seront inutiles ici aux chevaliers de Malte, si l'incapacité de succéder leur est commune avec les autres religieux, et si cette incapacité entraîne nécessairement celle de recueillir aucun legs particulier.

» Voyons d'abord si l'incapacité de succéder est la même pour les chevaliers de Malte que pour les autres religieux. — Il est certain qu'elle est établie aujourd'hui sur une jurisprudence constante et sur l'avis de tous les auteurs; mais cette incapacité s'arrête-t-elle aux successions, ou s'étend-t-elle jusqu'aux legs? C'est la véritable question de la cause. Recevoir un legs particulier n'est pas la même

Source : BIU Cujas

chose que succéder ; la qualité de légataire n'est pas la même que la qualité d'héritier : l'une est bien moins étendue, bien moins importante que l'autre. C'en est assez pour faire sentir qu'on ne peut pas conclure, sur-le-champ et sans autre examen, de l'incapacité de succéder à celle de recevoir un legs particulier, sur-tout lorsqu'il est démontré qu'on ne peut pas toujours conclure des autres religieux aux chevaliers de Malte.

» Les chevaliers de Malte sont-ils capables de recevoir des legs ? Il faut d'abord distinguer : il est deux espèces de legs dont ils sont incapables ; ce sont les legs d'immeubles, et les legs quelconques à titre universel et successif.

» Ils sont incapables de legs d'immeubles par plusieurs raisons. 1° La propriété d'un immeuble, qui est la plus éminente des propriétés civiles, est déclarée par nos lois et nos usages, incompatible avec la profession religieuse. 2° La propriété des immeubles leur est défendue par leurs statuts. 3° Les conséquences seraient dangereuses pour l'Etat. Les immeubles qui seraient donnés aux chevaliers, demeureraient à l'ordre, et il épuiserait avec le temps la masse des propriétés. Si de tous les ordres il est celui qui fait de ses biens l'usage le plus noble et le plus utile à la société, ses revenus et ses domaines sont assez étendus aujourd'hui pour remplir ces grandes vues.

» Les chevaliers de Malte sont encore incapables de legs à titre universel successif : ce titre équivaut à la qualité d'héritier, et la représente ; et on a vu que leur incapacité de rien recueillir à titre successif, est décidée pour eux comme pour le reste des religieux.

» Restent les legs particuliers d'effets mobiliers.

» Parcourons successivement les raisons, les inconvéniens, les autorités qu'on fait valoir pour étendre jusqu'à ce dernier degré l'incapacité des chevaliers de Malte. En convenant qu'on peut leur léguer, même après leur profession, des pensions, un usufruit, on prétend que le legs mobilier doit en être excepté.

» On tire un premier argument de la nature de ce legs. Dans un legs d'usufruit, la propriété demeure au donateur, au citoyen ; elle ne passe point au chevalier de Malte, et il est capable d'une possession dont la propriété est détachée. Mais le legs mobilier porte nécessairement et par sa nature, la propriété de la chose léguée dans la personne du légataire, et le droit de la posséder en maître : or, le vœu des chevaliers de Malte leur défend de rien posséder en propre.

» Ce raisonnement n'est que spécieux. D'abord il n'est point vrai dans le principe, que la propriété d'un legs mobilier passe toujours nécessairement au légataire. On peut, en effet, léguer un usufruit, une jouissance de meubles, et s'en retenir la propriété.

» En second lieu, un chevalier de Malte n'est point incapable d'une propriété de meubles. Il peut se réserver avant sa profession, et conserver après, les meubles qui lui appartenaient : il peut en acquérir d'autres de son pécule : il peut les vendre, les donner pendant sa vie. Il peut même, à sa mort, disposer encore d'une partie, du consentement du grand-maître : il n'y a ni dans son vœu, ni dans les statuts, rien qui l'empêche d'acquérir des meubles, de les posséder, d'en disposer à son gré : ainsi, quoique la propriété des meubles légués passe au légataire, ce n'est point un obstacle au legs. La propriété d'un meuble est la moins considerable des propriétés, parcequ'elle porte sur des objets dont l'existence est bornée et fugitive, dont la possession est incertaine, et que le temps ou mille autres accidens peuvent détruire et enlever.

» Et quelle est encore cette différence qu'on veut imaginer entre le legs de meubles, ou une somme de deniers une fois payée ? — Qu'est-ce, en effet, que le legs d'une pension annuelle, sinon un legs collectif de sommes mobilières, qui forment autant de legs que la pension dure d'années ? C'est ce qu'établit Domat, titre *des Legs*, sect. 5, art. 6. — Cette distinction est donc imaginaire ; et si quelque obstacle empêche les chevaliers de Malte de recevoir un legs mobilier, il ne vient ni de la nature de ce legs, ni de ce qu'un chevalier de Malte serait incapable de le posséder.

» Cet obstacle se trouverait-il dans la loi qui les rend inhabiles à succéder, ou dans les motifs de cette loi ? — Nous ne le trouvons point dans cette loi. L'incapacité de succéder n'emporte point nécessairement celle de recevoir un legs particulier de meubles. Le principe est établi par Domat, à l'endroit cité : « Quoique, pour entendre quelles sont les personnes à qui l'on peut léguer, il suffise de savoir (dit cet auteur), que quiconque n'est pas incapable d'être héritier, peut être légataire ; il y a sur ce sujet des règles particulières qu'il est nécessaire de distinguer de cette règle générale, ou parcequ'elles en sont des exceptions, ou par d'autres considérations ». Et, en effet, si l'on doit conclure de l'incapacité de succéder à celle de recevoir un legs particulier, ce n'est que dans le cas où la qualité de légataire participerait à celle d'héritier, et y ressemblerait directement ou indirectement.

» Et c'est d'après ce principe qu'une des raisons opposées au chevalier de Resseguier par les héritiers, devient au contraire un moyen en sa faveur dans l'espèce présente. — Si le legs que nous lui disputons venait, disent les héritiers, de sa famille, d'un père, d'une mère, d'un parent, il mériterait davantage l'indulgence de la justice, par la raison qu'il est naturel qu'il reçoive de sa famille des secours et des bienfaits ; mais la testatrice ne tenait point au légataire par les liens du sang ; c'est à un étranger qu'elle donne une portion de son bien, au préjudice des héritiers qui y avaient un droit légitime.

» Puisque ce legs est fait par une personne étran-

Source : BIU Cujas

gère, il ne se trouve donc ici ni prétexte ni ombre de droit héréditaire. Ce n'est point un père, une mère, qui, en fraude de la loi, et sous la forme déguisée d'un legs, rappellent à une portion de leur succession, un fils que ses vœux et la loi en ont exclus pour toujours depuis sa profession; ce legs est donc fait à un titre qu'on ne peut soupçonner d'aucune ressemblance ni prochaine ni éloignée avec la qualité d'héritier, et qui par conséquent n'a rien de commun avec l'incapacité de succéder; et ce legs n'a eu d'autre motif que l'amitié, la générosité de la testatrice. D'un autre côté, le chevalier de Ressequier n'a point affaire ici à des héritiers en ligne directe, ce sont des collatéraux qui ont recueilli une succession dont l'espérance était pour eux incertaine.

» Une observation très importante, c'est qu'il n'y a point de loi qui défende aux chevaliers de Malte de recevoir des legs. Il n'existe point de loi de cette espèce. — Au défaut de la loi, y a-t-il des autorités équivalentes? cite-t-on des arrêts qui forment une jurisprudence, ou qui aient préjugé, dans les chevaliers de Malte, l'incapacité de recevoir un legs particulier de meubles?

» Les héritiers ne citent qu'un arrêt du parlement de Provence, du 24 janvier 1664; mais les circonstances en sont si singulières, qu'il est impossible de le regarder comme ayant jugé la question. — Il s'agissait d'un legs de 6000 livres qu'une mère avait fait à chacun de ses deux fils, alors chevaliers de Malte: c'était en 1624 et en 1625. Les deux chevaliers en avaient obtenu l'adjudication. Les choses en étaient restées là; ils avaient négligé cette poursuite; il n'en avaient demandé ni n'en avaient reçu rien pendant leur vie. Étant morts l'un en 1632, l'autre en 1629, Octavien, leur frère, s'était fait adjuger ces legs. Trente-deux années s'étaient écoulées depuis leur décès. C'est alors qu'un héritier éloigné du côté de la sœur de ces deux chevaliers, venait réclamer ces legs, et les demander, comme leur ayant appartenu. Il a été débouté de sa demande. On voit combien cet arrêt mérite peu de considération dans cette cause. — Ce n'était point un chevalier de Malte qui demandait son legs et qui en fut débouté comme incapable de le recueillir; c'était un tiers qui, après plus de trente ans, venait réclamer un legs que ces chevaliers avaient, pour ainsi dire, remis et abandonné pendant leur vie, n'en ayant jamais rien reçu: et à quel titre le réclamait-il? il n'était pas l'héritier de ces chevaliers, qui n'en avaient point d'autre que leur ordre.

» Et en effet, l'année d'auparavant, en 1663, le même parlement de Provence avait confirmé, dans toute son étendue, un legs mobilier fait à un commandeur de Malte par sa mère. — La dame Milhaud, par son testament du 20 avril 1656, avait légué au chevalier de Milhaud son fils, commandeur de Montfruit, une pension de 2000 livres qui lui était due par un sieur de Pierrefeu, ensemble des meubles et arrérages de cens, lods et ventes. — Le sieur de Gignac, petit-fils et héritier de la dame Milhaud, son aïeule, s'était approprié le legs et avait transigé avec le sieur de Pierrefeu, débiteur de la pension léguée: le commandeur l'avait assigné au parlement de Provence en condamnation de la pension de 2000 livres et en restitution des meubles, cens et rentes, ainsi que des lods et ventes. L'arrêt maintint le commandeur en la possession de l'usufruit à lui légué par la dame sa mère, condamna le sieur de Gignac à lui restituer les arrérages des pensions, cens et lods par lui perçus depuis le décès de la testatrice, ensemble les meubles, fruits, denrées, cheval, et autres choses mobilières délaissées par ladite dame. — On voit que le legs mobilier était considérable et composé de plusieurs objets importans; qu'il était même joint au legs une pension de 2000 livres. — On remarque en même temps que le chevalier de Malte était pourvu d'une commanderie: ce n'est donc pas une raison de nécessité ni de faveur qui a déterminé cet arrêt. Il a donc jugé que les chevaliers de Malte étaient capables de recueillir un legs particulier, un legs mobilier; et doit-on s'en étonner, quand on voit le même parlement, par un autre arrêt de 1667, rapporté par Boniface, déclarer les autres religieux profès capables de legs, quand il y a modicité et destination; et cette jurisprudence est commune à tous les tribunaux. Les livres sont remplis d'arrêts qui ont confirmé des legs particuliers faits à des religieux profès, soit de pensions, soit d'effets mobiliers, soit même de rentes, et même à des religieux des ordres mendians, et cela depuis leur profession.

» M. Bouguier en rapporte un de la Notre-Dame d'août 1584, dans l'espèce la moins favorable: c'était un legs d'une rente de deux setiers de grain, fait à un jacobin par son père; on opposa l'incapacité civile des religieux, on distingua même à cet égard les vœux du jacobin et ceux du chevalier de Malte. *Le vœu de l'un*, disait-on, *se borne à vivre sans propre; mais l'autre fait encore vœu de ne rien posséder en particulier. Le legs d'une rente est un legs de propriété.* Cependant le legs fut confirmé par le parlement de Paris, celui de tous qui dans cette matière s'en est tenu le plus constamment à la rigueur des principes.

» La raison de cette exception est qu'elle ne blesse point les principes, et que l'incapacité de succéder n'exclut point la qualité de légataire particulier. « Les simples legs, dit Ricard, peuvent aisément prendre la forme de pension d'aliment, ce qui ne se pourrait dire d'une succession à titre universel; et voilà pourquoi, dit le même auteur, on trouve quelquefois des legs de propriété confirmés, en les réduisant par forme d'usufruit ».

» En un mot, c'est une exception à la règle, et aussi certaine que la règle même, que les religieux profès, même ceux dont le vœu de pauvreté est le plus rigoureux et le plus étendu, sont capables des legs modiques de pensions ou de meubles, toutes les fois que ces legs peuvent se rapporter aux alimens, à l'entretien, au logement, besoins de la vie

Source : BIU Cujas

naturelle que la mort civile n'a point anéantie, et même à l'instruction qui n'est pas de la même nécessité.

» Si, à l'égard des legs particuliers et simples, il reste à tous les religieux une faible étincelle de la vie civile ; si l'incapacité de succéder n'emporte point pour eux celle de recevoir des legs particuliers, dès qu'ils peuvent se rapporter aux alimens, à l'entretien, au logement, à l'instruction, à quelque cause semblable, les chevaliers de Malte devaient-ils en être les seuls exceptés? non, sans doute, tout ce qu'ils pouvaient craindre par leur qualité de religieux, c'était la loi, la rigueur des principes et les maximes de la jurisprudence ; mais dès qu'il est évident que ni la loi des successions ni les principes ne sont blessés par la capacité de recevoir de simples legs de pensions et de meubles dans tous les religieux en général, et que la jurisprudence confirme cette exception : quelle vaste différence se ferme dès-lors à l'avantage des chevaliers de Malte? comparons leurs besoins avec ceux des autres religieux. Ceux-ci sont et doivent être nourris, vêtus, logés par la maison qui les reçoit. La retraite est leur devoir; la méditation et la prière, leur emploi; l'abstinence et les privations, leurs vertus ; le monde et l'argent, leurs corrupteurs; ils n'ont plus sur la terre d'autre domicile, que le lieu solitaire où ils se sont attachés. Les liens naturels se sont rompus pour eux, à la suite des liens civils; ils n'ont plus d'amis à former, à servir, à récompenser; la reconnaissance et la générosité sont devenues pour eux sans objet et sans occasion ; ils n'ont plus rien à demander ni à la fortune, ni à la société, ni aux hommes : la religion et Dieu, voilà leurs amis, leur société, leur héritage.

» Cet état isolé de perfection et de paix n'est point celui des chevaliers de Malte : il leur est même interdit par la nature de leur établissement et du quatrième vœu qui est l'objet des trois autres. Du sein des plus riches familles, ils courent embrasser la pauvreté religieuse ; mais ils n'en peuvent conserver que l'esprit au milieu de la société où ils sont obligés de vivre. L'ordre ne les associe d'abord qu'à sa gloire ; ils ne trouvent autour d'eux que des besoins et des obligations dispendieuses dont il faut qu'ils prévoient, qu'ils rassemblent, qu'ils préparent les ressources. Le temps et leurs services leur présentent, il est vrai, dans l'avenir, des récompenses qui leur promettent une subsistance honorable. Soyez des héros, leur a-t-on dit, et vous les obtiendrez : faut-il vous payer d'avance sur les biens des familles? mais les héros ne combattent point toujours; le champ de la gloire n'est pas toujours ouvert au courage; il faut en trouver l'occasion, il faut vivre en l'attendant; il faut qu'ils vivent dans le siècle, dans les villes, qu'ils y gèrent leurs affaires, qu'ils y soutiennent leurs intérêts, qu'ils y partagent les accidens de la condition humaine et civile, sans avoir dans l'industrie les mêmes moyens de ressource que les autres citoyens ; qu'ils y paraissent sous des dehors qui ne choquent ni la société, ni la noblesse de leur état; leur état n'est point de mendier des secours, de les attendre de la compassion publique, et ils ne demandent point ici les biens des familles. Voyons-nous qu'ils assiègent les mourans, qu'ils surprennent leurs dernières volontés? entendons-nous les citoyens s'en plaindre dans nos tribunaux? mais est-il défendu aux citoyens de les avoir pour amis? ne peuvent-ils leur marquer leur reconnaissance, leur estime, par quelques secours généreux, par quelques bienfaits d'une volonté libre ?

» Les autres religieux seraient entièrement exclus de cet avantage, qu'une foule de considérations particulières devrait encore en faire une exception pour les chevaliers de Malte ; mais les autres en jouissent ; et les mêmes raisons doivent en augmenter l'étendue pour les premiers, parceque ce sont ces mêmes raisons qui leur ont assuré le droit de se réserver et de recevoir des pensions beaucoup plus considérables que les autres.

» Qu'on compare ensuite leurs services. Sans doute aux yeux de la religion, la dignité des autres ordres ne le cède point à celle de l'ordre de Malte; mais c'est par les yeux de l'État qu'il faut voir et juger les uns et les autres. Dieu est assez magnifique pour récompenser ceux qui ont fait vœu de ne servir que lui ; et l'État ne leur doit à la rigueur que les moyens de favoriser cette grande vocation. Ce n'est qu'à ceux qui servent la patrie, la société dans l'ordre civil, que la patrie, la société doivent et peuvent rendre une partie des distinctions, des récompenses civiles ; or à ce titre, l'ordre de Malte était le seul qui eût droit d'y prétendre.

» Les services militaires et la valeur seraient-ils devenus parmi nous des vertus inutiles et sans considération? Le fils de famille était frappé par le droit romain de la même incapacité, qui interdit parmi nous les religieux; Rome qui les avait tous enveloppés dans la rigueur d'une servitude civile, ne crut point choquer ses lois ni ses intérêts, en accordant une exception aux fils de famille qui la servaient dans ses armées. Elle leur permit de disposer de leur pécule, pendant le temps qu'ils seraient dans le service. Elle étendit par forme de récompense ce privilège aux vétérans qui étaient las de vaincre pour elle.

» Ils étaient encore capables d'être l'objet des dispositions d'autrui, même pour les employer à leur profit personnel, et cela, chez un peuple où la loi de l'incapacité civile fut la plus rigoureuse et la plus despotique.

» Les chevaliers de Malte ne sont-ils pas vis-à-vis des autres religieux, ce qu'étaient les fils de famille soldats vis-à-vis des autres qui n'étaient que citoyens? Cette ressemblance n'est pas aussi éloignée qu'on pourrait d'abord le penser. Elle est exacte en ce qu'ils peuvent, comme les soldats romains, être l'objet des dispositions d'autrui, et qu'ils sont capables de donations particulières : elle l'est en ce que, comme eux, la loi leur a laissé le privilège d'exercer en mourant une partie du droit de citoyen, et de lé-

Source : BIU Cujas

guer la cinquième partie de leur mobilier, rayon de liberté civile que la patrie reconnaissante a associé à la gloire de ces guerriers mourans.

» Et c'est la société même qui recueille le fruit de ce privilège qu'elle leur refuse. Par-là, une portion de leur mobilier et de leur argent reflue dans son sein; au lieu que tout ce qui est donné aux autres religieux, est perdu pour elle.

» Les alarmes qu'on a voulu donner à la société, sont sans fondement. Il y a même entre elle et les chevaliers de Malte une raison de réciprocité, qui légitime de plus en plus le droit de recevoir des citoyens, quelques libéralités passagères, bornées, et qui n'intéressent point les propriétés de l'État. Si la société leur donne, ils rendent à la société et pendant leur vie et au moment de la mort : pendant leur vie, où ils peuvent disposer de leurs biens personnels à leur gré; à leur mort où ils peuvent léguer le quint de leurs meubles. Et ces testamens ne sont point des exceptions rares et peu dignes de considération. Sans rappeler ici les preuves multipliées qui attestent cette vérité, sans détailler la valeur de ces legs qui sont souvent considérables, il suffit de remarquer que le consentement du grand-maître étant accordé dès qu'il est demandé, il n'est point de chevalier qui n'en doive user, quand la mort ne l'a pas surpris. Un ordre est un être métaphysique qui ne peut être l'objet de l'affection particulière des individus; et le chevalier ne manque pas d'avoir des services à récompenser, des bienfaiteurs, des amis, qu'il préfère à l'ordre dont la mort le sépare.

» Nous sommes descendus, par une espèce d'analise, dans le détail de toutes les raisons qui pouvaient favoriser la prétention des héritiers, à interdire aux chevaliers de Malte, la faculté de recevoir des legs de meubles. On a vu que tous ces obstacles n'étaient qu'imaginaires et n'avaient point d'application à la question particulière que nous examinons; arrivés à la question même, nous avons démontré que les principes ni les lois n'étaient point blessés par cette exception; que les autres religieux même en jouissaient; qu'il était juste à tous égards que les chevaliers de Malte en jouissent aussi; qu'il était juste encore qu'elle eût en leur faveur des bornes un peu moins resserrées que pour les autres, et que la société ne leur faisait point un avantage dont elle ne fût elle-même dédommagée.

» Afin qu'on puisse embrasser, comparer et juger l'ensemble et le résultat de tous ces rapports, nous allons en retracer le tableau raccourci.

» 1° Nul obstacle dans les principes ni dans les lois. Les lois et les arrêts ont borné l'incapacité des chevaliers de Malte à la qualité et au droit d'héritiers; ils ne peuvent rien recueillir à titre héréditaire et universel : toutes les autorités s'arrêtent à ce point, et ne vont pas plus loin.

» 2° Tous les auteurs qu'on a cités, ne parlent que de l'incapacité de succéder établie par la jurisprudence.

» 3° Nul obstacle de la part de leurs vœux et de leurs engagemens. Ils peuvent posséder, contracter, disposer pendant leur vie, librement et à leur gré, et de leur autorité seule, quant à ce qui n'est pas immeuble et bien de l'ordre; ils sont capables de legs, de pensions et de donations particulières.

» 4° Nul obstacle dans la nature d'un legs simple, d'un legs mobilier. Point de différence essentielle de cette espèce de legs, à un legs de pension annuelle, qui n'est qu'un legs collectif de plusieurs sommes mobilières.

» 5° Tous les religieux, même ceux qui sont les plus restreints par leur règle et leur institut, sont jugés capables de legs quand il y a modicité, ou qu'ils peuvent se rapporter aux alimens, à l'entretien, au logement, à l'instruction; nulle raison de priver les chevaliers de Malte du même avantage.

» Au contraire, plusieurs raisons d'équité et de nécessité de l'étendre pour eux. — 1° L'obligation de subsister à leurs dépens au milieu de la société, en attendant quelquefois, jusqu'à leur vieillesse, les récompenses et les commanderies de l'ordre; obligation avouée par leur institution, reconnue par les lois, qui, par cette raison même, leur permettent à eux seuls de se réserver des pensions considérables au moment de leur profession. — 2° L'utilité de leur emploi, de leur service pour la société et la patrie, qui doit un retour de récompenses et de distinctions civiles à des religieux qui la servent dans l'ordre civil. — 3° Réciprocité de donations mobilières entre eux et la société, résultant de la liberté qu'ils ont de rendre aux citoyens par leur testament la cinquième partie de leur dépouille. — 4° Enfin nul intérêt de la part de l'État, nul inconvénient à craindre pour la société. L'intérêt de l'État exige que ses immeubles n'aillent pas se perdre dans l'ordre de Malte; celui des familles, que leurs enfans qui se sont engagés dans l'ordre, ne reviennent pas troubler leur repos et demander, à titre d'héritiers, leur part dans les biens qu'ils ont abandonnés; mais où voit-on ces dangers dans les dispositions libres, modérées et rares d'un testateur qui veut payer un léger tribut à la reconnaissance et à l'amitié, peut-être au besoin caché d'un brave guerrier qui aura sacrifié son léger pécule à l'honneur de servir l'État »?

Tels sont les motifs qui ont déterminé M. de Labriffe à conclure en faveur du chevalier de Resseguier; et le grand-conseil s'est empressé de consacrer son avis par un arrêt du 7 septembre 1768, qui « ordonne que le testament de ladite veuve Varnier, en date du 20 septembre 1761, sera exécuté selon sa forme et teneur, en ce qui concerne la disposition faite en faveur dudit Clément-Ignace-Jérôme de Resseguier; en conséquence, condamne les parties de Foisy à faire délivrance audit Resseguier, l'une des parties de Gelez, des effets énoncés en la disposition dudit testament; condamne lesdites parties de Foisy en tous les dépens ».

III. Autre question. Les chevaliers de Malte peuvent-ils être pris pour témoins dans les actes qui se

Source : BIU Cujas

passent devant un notaire ou une autre personne publique? le parlement de Paris vient de juger que non.

L'importance de son arrêt exige que nous en développions l'espèce, et que nous rendions un compte exact des moyens respectifs sur lesquels il a prononcé.

L'abbé Garnier, pourvu du prieuré de Saint-Etienne-de-Beaugency, le résigna, le 7 mars 1782, en faveur de l'abbé de Bréchainville. La procuration *ad resignandum* fut souscrite par deux témoins, dont l'un était le sieur de Pimodam, chevalier profès de l'ordre de Malte. Cette résignation fut admise en cour de Rome, le 17 mars; et l'abbé de Bréchainville prit possession du bénéfice, le 15 mai, après avoir rempli les formalités nécessaires. — Le résignant mourut dans le courant du mois d'avril, mois affecté aux gradués. En conséquence, dom Baudin, religieux de la congrégation de Saint-Maur, obtint des provisions de M. l'évêque de Soissons, collateur du bénéfice, en qualité d'abbé de Vendôme; et ces provisions furent accordées à ce religieux comme licencié es-lois, et gradué nommé par l'université de Poitiers sur l'abbaye de Vendôme. — Il prit possession le 18 janvier 1783. L'abbé de Bréchainville appela comme d'abus de ces provisions, et il fut question de savoir lequel des deux contendans aurait la récréance. — Par arrêt du 12. . . . suivant, dom Baudin fut autorisé, par provision, à recevoir, par forme de dépôt, et à la caution de ses supérieurs majeurs, les revenus du bénéfice. — Au fond, la prétention de ce religieux n'était appuyée que sur ce seul moyen: l'un des deux témoins qui ont souscrit la procuration *ad resignandum*, est chevalier de l'ordre de Malte; or, la déclaration du 14 février 1737 défend, à peine de nullité, d'admettre les novices et les profès pour témoins de ces sortes d'actes.

« Un mot (disait M. Courtin, défenseur de l'abbé de Bréchainville), suffirait pour écarter ce moyen. La loi veut que les témoins soient *mâles, âgés de vingt ans, régnicoles et capables d'effets civils*. Elle n'exclud donc que les religieux des ordres qui sont incapables d'effets civils: or, les chevaliers de Malte ne sont point frappés de cette incapacité; ils ne sont donc pas compris dans la prohibition. — Tout se réduit donc à examiner quel est l'état de ces défenseurs de la chrétienté. Si, à quelques égards, ils ressemblent à certains religieux, ils en sont si différens à d'autres égards qu'ils ne sont jamais compris dans les lois relatives aux religieux, s'ils n'y sont expressément nommés. — On voit, dans les fastes de l'histoire, cet ordre sans cesse occupé à la défense de la religion et de l'Etat; et les monumens de notre législation offrent, d'âge en âge, les témoignages les plus éclatans de la faveur qu'il a méritée de la part de nos souverains. On le voit comblé, de règne en règne, de distinctions qu'on doit moins regarder comme des privilèges, que comme le paiement d'une dette que la reconnaissance est chargée d'acquitter. Ce sont, à peu près, les expressions de Philippe-le-Bel: *tanta nos beneficia dissimulare, sub ingratitudine, non permittunt*. Plusieurs autres rois, avant et depuis Philippe-le-Bel, ont exprimé leurs sentimens pour cet ordre avec autant d'énergie. — En effet, on voit perpétuellement ces braves chevaliers les armes à la main pour la défense de la religion et de la patrie, et nos souverains, par un juste retour, leur témoigner successivement la même affection. On voit cet ordre illustre donner sans interruption l'exemple de la bravoure et de la fidélité. — Mais qu'est-il besoin de retracer des faits passés, lorsque le présent nous rappelle, par les faits les plus éclatans, les services que les membres de cet ordre n'ont cessé de rendre à la France? Un héros élevé dans le sein de cet ordre (M. le bailli de Suffren), vient de montrer à l'univers entier que ces braves chevaliers n'ont point dégénéré de leur antique et constante valeur. Envoyé dans l'Inde pour arrêter les progrès d'une nation qui ne menaçait de rien moins que d'envahir toutes nos possessions; par-tout inférieur en forces, mais par-tout supérieur en talens et en courage, on l'a vu chercher l'ennemi, le poursuivre, l'attaquer, livrer successivement jusqu'à six combats; et, toujours suivi de la victoire, assurer, affermir, dans ces plages éloignées, l'honneur du pavillon français. Il revient couronné de lauriers; il reçoit de la main d'un monarque, digne appréciateur du mérite, les distinctions dues à son courage et à ses éclatans succès. Guerrier magnanime, daignez accepter, sous les yeux des pères de la patrie, de cette patrie que vous avez si généreusement défendue, ce faible hommage qui n'ajoutera rien à votre gloire, mais qui vous rappellera au moins le sentiment profondément gravé dans tous les cœurs français. — Et voilà les hommes que dom Baudin prétend priver de la totalité des effets civils. Voilà ceux qu'il présente comme des êtres si absolument morts, qu'il ne leur reste pas même la capacité de signer une procuration *ad resignandum*. Leur main victorieuse pourra tout, lorsqu'armée de ce glaive qu'ils ont fait vœu de ne jamais quitter, elle attaque, renverse les ennemis de l'Etat, et elle ne pourra pas donner une signature valable dans une affaire minutieuse! Héros à la tête des armées, ce sont des êtres nuls dans l'étude d'un notaire. — Les chevaliers de Malte sont religieux sans doute; ils s'en font gloire, mais ce n'est pas à la manière des autres ordres. Les lois de l'église condamnent ceux-ci à la retraite et à l'obscurité, et ces mêmes lois arment la main des chevaliers de Malte pour la défense de la religion. — *A bien examiner leur profession*, disait M. de Marillac, procureur-général au grand conseil, dans un célèbre plaidoyer qu'on trouve au Journal des Audiences, *il semble qu'ils ne vouent pas les mêmes choses que les autres religieux, et qu'ils ne font vœu de chasteté que parceque les voluptés amollissent les courages, ralentissent l'activité, et détournent l'assiduité que l'on doit avoir dans la profession des armes; qu'ils ne font le vœu de pauvreté que parceque la propriété des biens attache*

Source : BIU Cujas

les cœurs des hommes à leurs possessions, et, contre le devoir des bons soldats, les porte à être plus vigilans pour leur intérêt particulier, que pour la défense publique; et à l'égard du vœu d'obéissance, comme il est plus régulièrement observé par les gens de guerre que par les réguliers, on peut dire que les chevaliers de Malte ne font pas des vœux pour être religieux, mais pour devenir de véritables soldats. Il faut conclure, avec Panorme, qu'ils sont religieux parcequ'ils font les trois vœux sous une règle approuvée par le saint siège, mais qu'ils sont religieux d'une autre manière que les autres réguliers; largo modo sunt religiosæ personæ. *Un célèbre théologien remarque que toutes les fois que, dans le dernier concile, on parle des religieux, le concile fait mention particulière des chevaliers de Saint-Jean de Jérusalem, dans le doute qu'on ne les crût pas compris sous le nom de religieux. Le concile se sert de ces termes :* Etiam sub nomine capitulorum Sancti Joannis ; *et le théologien observe que la particule* ETIAM casum magis dubitabilem indicat. — *En effet,* continue le magistrat, *si l'on fait deux colonnes des hommes, et que l'on range sous la première, tous ceux qui vivent sous une règle, sans doute que les chevaliers de Malte se trouveront compris dans ce nombre. Mais si l'on compare ceux qui seront de cette colonne les uns aux autres, on trouvera que les chevaliers de Malte, tout religieux qu'ils sont, auront beaucoup plus de rapport aux laïcs qu'aux réguliers; et l'on peut dire que leur régularité est semblable à la chasteté des gens mariés. Car, de même que ceux-ci semblent chastes, si on les compare aux gens de débauche, et cessent de le paraître quand on les compare aux vierges; les chevaliers paraîtront religieux, si on les compare aux laïcs; ils paraîtront laïcs, si on les compare aux religieux. De là vient qu'en quelques textes on les a nommés laïcs, bien qu'ils soient véritablement religieux; mais c'est, comme on l'a dit, d'une manière moins restreinte.* Voilà quel est l'état des chevaliers de Malte. — Les religieux ordinaires sont, en effet, totalement privés de la vie civile et des facultés qui la constituent. Mais pour les chevaliers de Malte, la vie civile n'est que limitée à certains égards; et, par leurs constitutions, ils conservent plusieurs des facultés dont les autres religieux sont privés. Ils sont tout à la fois religieux et militaires. Leur état est composé de deux professions qui semblent incompatibles. St. Bernard observait que leur manière de vivre est étonnante et singulière. *Miro quodam ac singulari modo vivunt; adeò ut penè dubitem quid potiùs censeam appellandos monachos, an milites, nisi quod utrumque forsan congruentiùs dixerim.* Aussi le pape Innocent III les définit-il en un seul mot, *milites orantes.* — La vocation militaire qui les force de rester et de vivre dans le monde, leur conserve nécessairement la plupart des droits de la vie civile; elle n'est point chez eux, une qualité accidentelle; elle forme, en quelque sorte, l'essence du chevalier de Malte. La profession des autres religieux est le passage de la vie à la mort civile : celle du chevalier de Malte est le passage de la vie civile à l'état militaire. — Ce double caractère de soldat et de religieux doit produire à leur égard des effets qui n'ont pas lieu pour les autres réguliers; et si l'on sépare ces deux qualités, ce n'est plus d'un chevalier de Malte qu'on parlera, mais d'un individu tout différent. — Il ne faut donc pas, quand on examine les facultés civiles d'un chevalier de Malte, se contenter de citer les lois qui regardent en général les religieux, et en conclure que ce chevalier l'étant aussi, l'application de ces lois touche nécessairement sur lui; il faut en même temps considérer si, dans le fait, ces lois sont nommément appliquées à l'ordre de Malte. Il ne faut pas non plus, en ce qui le concerne, conclure d'un cas à un autre. Les membres de cet ordre, morts civilement à certains égards, conservent la vie civile à d'autres égards; toutes leurs facultés ne sont pas enchaînées comme celles du commun des religieux. — Par exemple, le chevalier de Malte a le pouvoir de paraître en justice, d'y défendre et d'y poursuivre ses droits comme citoyen sans l'autorisation de ses supérieurs; tandis que tous les tribunaux sont fermés aux autres religieux qui voudraient s'y présenter pour leurs propres intérêts, et sans être avoués par leur ordre, qui ne pourrait même les soutenir qu'autant que la communauté y serait intéressée. — En général, les religieux sont incapables de tous contrats, si ce n'est ceux qui traitent pour l'intérêt du bénéfice dont ils sont titulaires. Le chevalier de Malte contracte pour son propre compte, lors même qu'il n'a point de commanderie. — Les religieux bénéficiers ne peuvent disposer de leur pécule; ce n'est même qu'à regret et par nécessité qu'on souffre qu'ils en aient; c'est un abus contre lequel la loi réclame sans cesse. Le chevalier de Malte au contraire a un pécule, et il tient le droit de l'avoir de la constitution même de l'ordre; il est au nombre des engagemens que l'ordre contracte avec son profès. On pourrait dépouiller les autres religieux du droit d'avoir un pécule sans qu'ils pussent s'en plaindre; ce serait les rappeler à leur règle et aux engagemens qu'ils ont contractés avec le ciel. Mais on n'en pourrait priver un chevalier de Malte sans injustice; ce serait lui imposer un joug auquel il ne s'est point soumis par son vœu. Aussi n'a-t-il besoin ni de bénéfices, ni d'offices pour être autorisé à posséder un pécule. Il est même obligé de s'en former un, lorsqu'il entre dans l'ordre, puisqu'il faut subsister longtemps à ses frais. — Tout ce qu'un moine acquiert, il l'acquiert pour son monastère. Cette maxime, qui est inviolable pour tous les autres, n'a point d'application à l'ordre de Malte : Le chevalier ne peut sans doute aliéner ni engager les biens qu'il tient de l'ordre; mais pour les autres biens, il en peut disposer à son gré, les donner entre-vifs sans avoir besoin d'autorisation. — En prononçant ses

Source : BIU Cujas

vœux, le religieux, par le seul fait, renonce à tout; son abnégation est universelle et sans restriction. Le chevalier de Malte peut, en faisant profession, se réserver l'usufruit de son patrimoine; et il administre cet usufruit comme bon lui semble. — Un religieux est frappé de l'impuissance la plus absolue de tester. Le chevalier de Malte peut disposer, par testament, du quint de son pécule. Ainsi, il exerce, même en mourant, l'acte qui caractérise le plus la vie et la liberté civile. Il a besoin, à la vérité, de la permission du grand-maître; mais puisqu'il peut recevoir cette permission, la vie civile n'est donc pas entièrement éteinte en lui; car un religieux ordinaire ne pourrait la recevoir ni de ses supérieurs, ni même du pape; elle serait déclarée abusive. — Aucun religieux ne peut recevoir de legs, si ce n'est quelques sommes ou quelques pensions modiques, à titre de besoin et pour suppléer à la rigide exactitude de la communauté qui ne fournit que le strict nécessaire pour la vie et pour le vêtement, sans étendre l'entretien jusqu'à ces superfluités dont le luxe a fait des nécessités depuis l'institution des ordres; encore le religieux ne peut-il disposer de ces modiques soulagemens, si ce n'est de l'autorité de son supérieur qui les reçoit pour lui. Le chevalier de Malte au contraire reçoit des legs mobiliers, et a droit d'en faire l'usage qu'il juge à propos. — Toutes ces différences entre les chevaliers de Malte et les autres religieux prouvent bien qu'il n'est pas possible de raisonner par analogie des uns aux autres, et de conclure qu'une faculté est interdite aux chevaliers de Malte, parcequ'elle est interdite aux religieux en général. Les lois qui concernent ceux-ci, éprouvent à chaque pas des exceptions, des limitations en faveur de l'ordre de Malte, en sorte qu'ils n'y sont assujettis qu'autant qu'ils y sont expressément compris; et tel est le système général de notre législation. — Sous prétexte que tous les religieux sont assujettis aux décimes et aux autres impositions du clergé, on a voulu quelquefois y assujettir l'ordre de Malte. Les chevaliers ont toujours soutenu qu'ils en étaient exempts; leurs réclamations ont toujours été accueillies; on leur a même fait restituer ce qu'ils avaient payé comme contraints. — Les autres religieux payent la dîme des fruits de leurs domaines quand ils ne sont pas décimateurs eux-mêmes. L'ordre de Malte est affranchi de cette rétribution: il était même exempt des novales dans le temps qu'elles appartenaient aux curés. — Toutes les fois que le législateur s'occupe des portions congrues, il ne manque jamais d'insérer dans sa loi une exception en faveur des chevaliers de Malte, et même de s'en rapporter à cet égard à la sagesse et à la générosité d'un ordre dont les membres ne sont occupés que d'actes de bravoure et de générosité. Témoin notamment l'art. 3 des lettres-patentes du mois d'août 1783, enregistrées au parlement de Toulouse, le 10 janvier 1784. — Les lois du royaume ont établi des règles pour l'administration des bois des gens de main-morte. On a voulu les appliquer aux bois qui appartiennent à l'ordre de Malte; il a toujours soutenu que n'étant point nommément compris dans ces lois, elles ne le regardaient point et lui étaient étrangères. Il a toujours été écouté favorablement, et il continue d'administrer ses bois suivant les règles qu'il s'est prescrites lui-même. — Nous ne finirions pas, si nous entreprenions le détail des traits qui différencient cet ordre d'avec les autres; et tel est le système entier de notre législation, que l'ordre de Malte, et quant à ses droits, et quant aux facultés personnelles de ses membres, doit être expressément nommé dans toute loi qui concerne l'état religieux, et qu'on ne peut lui en faire l'application *sine speciali notâ*. C'est donc combattre cette législation que prétendre qu'il est sujet à une loi par cela seul qu'elle concerne tous les religieux. — Le chevalier de Malte est privé sans doute de certains effets civils; mais il en a conservé d'autres; il a conservé tous ceux qui ne lui sont pas formellement interdits. Il faut donc examiner s'il est incapable de paraître comme témoin à un acte passé devant notaires. Voyons l'art. 3 de la déclaration du 14 février 1737. — *Ne pourront*, y est-il dit, *être pris, pour assister auxdits actes* (les procurations *ad resignandum*), *que des témoins connus et domiciliés qui soient âgés au moins de vingt ans accomplis, et qui ne soient ni parens ni alliés du résignant ou du résignataire jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, ni serviteurs ou domestiques de l'un ou de l'autre. Voulons en outre, conformément aux art. 40, 41, 42 et 44 de notre ordonnance concernant les testamens, qu'il ne puisse être admis dans lesdits actes que des témoins qui sachent et puissent signer, qui soient mâles, régnicoles et capables d'effets civils, sans que les réguliers, novices ou profès, de quelque ordre que ce soit, ni les clercs, serviteurs ou domestiques du notaire qui recevra la procuration, puissent être pris pour témoins, le tout à peine de nullité.* — Cette disposition est-elle applicable aux chevaliers de Malte? Voilà à quoi se réduit toute la cause. — 1° Il n'est fait, dans cet article, aucune mention des chevaliers de Malte; et l'on vient de prouver que cet ordre n'est jamais compris dans les dispositions qui concernent les religieux en général, s'il n'en est fait une mention expresse, parcequ'il diffère tellement des autres ordres religieux, et par sa destination et par son objet essentiel, qu'il n'est pas possible de lui appliquer les lois relatives aux facultés civiles des réguliers en général, lorsque le législateur ne l'a pas nommé. La retraite, le silence, la prière, la contemplation, la méditation, quelquefois l'administration des sacremens, voilà la destination, voilà l'objet de l'institution des religieux ordinaires, voilà uniquement à quoi leurs vœux les engagent. Le tumulte des armes au contraire, des courses et des combats continuels, sans qu'ils puissent mettre les armes bas tant qu'il y aura des ennemis

Source : BIU Cujas

du nom chrétien; voilà l'objet des vœux, voilà la destination des chevaliers de Malte. Quelle ressemblance y a-t-il entre ces deux états qui puisse les faire confondre? — Le silence seul de la loi est donc suffisant pour empêcher qu'on étende aux chevaliers de Malte la prohibition qu'elle contient. — 2° C'est en vain que l'on veut tirer avantage d'un arrêt de règlement du 1er avril 1656, qui fait défenses aux notaires de recevoir aucuns contrats où l'on appelle des religieux pour témoins : c'est mettre en principe ce qui est en question ; il faut toujours en revenir à examiner si les chevaliers de Malte sont compris sous la dénomination générale de religieux, et si, quand on veut leur imposer quelque obligation commune, ou les envelopper dans quelque privation commune à tous les sujets liés par des vœux, l'ordre de Malte ne doit pas être nommément indiqué. Ceux qui le composent, sont notoirement capables de signer, soit comme témoins, soit même comme parties, la plupart des actes de la société civile. On ne peut donc pas leur appliquer davantage un règlement sur lequel est calquée la loi dont on cherche ici à pénétrer le véritable sens. —Mais on peut aller plus loin, et prouver que, non seulement les chevaliers de Malte ne sont pas compris dans la prohibition, mais qu'ils en sont exceptés. — 3° Quiconque est capable d'ester en jugement, d'agir dans les tribunaux, est certainement capable de paraître dans un acte passé pardevant notaires. Ces deux facultés ne peuvent l'une sans l'autre exister dans le même sujet ; qui ne peut contracter, ne peut plaider. La première, celle d'ester en jugement, est beaucoup plus considérable que l'autre : elle exige, s'il est permis de parler ainsi, une vie civile plus robuste et plus ferme. Les notaires ne sont que les rédacteurs, les juges volontaires des volontés libres des parties. Mais la justice contentieuse autorise celui qui a recours à elle, à contraindre sa partie adverse à se présenter devant le tribunal, et à vouloir, ou du moins à exécuter, ce qui a été décidé, soit qu'elle ait comparu, soit qu'elle se soit abstenue de comparaître. Or, les chevaliers de Malte peuvent poursuivre leurs droits personnels en justice sans avoir besoin d'autorisation ; ils peuvent contracter en jugement; ils peuvent donc, à plus forte raison, contracter par-devant un notaire, et, à bien plus forte raison encore, ils peuvent servir de témoins dans un acte quelconque reçu par un notaire. — 4° Quel est le principe de la prohibition qui prive les religieux en général de la faculté de signer, comme témoins, une procuration *ad resignandum*? Le législateur le dit lui-même : il a voulu que, pour pouvoir souscrire ces sortes d'actes, on fût capable *d'effets civils*. Il ne dit pas *de tous*, ni même *des effets civils* (ce qui présente une idée bien différente) ; il dit seulement *d'effets civils*. Or, il est démontré que les chevaliers de Malte sont capables d'*effets civils*, au moins de tous ceux qu'aucune loi civile ne leur interdit pas nommément. Ce n'est donc pas eux que le législateur a voulu exclure du nombre des témoins. — 5° La preuve qu'il ne l'a pas entendu, qu'il ne l'a pas voulu, résulte, non seulement du silence qu'il a gardé sur l'ordre de Malte, non seulement du principe général de la loi qui n'exige que la capacité *d'effets civils* quelconques, mais des termes même qu'on prétend opposer à la capacité des chevaliers de Malte, *sans que les réguliers, novices ou profès, de quelqu'ordre que ce soit, puissent être pris pour témoins*. — Les novices et les profès sont compris ici dans la même prohibition. Or, pourrait-on l'appliquer à un novice de l'ordre de Malte? Qui ne sait pas que les novices de cet ordre, non seulement sont capables d'effets civils, mais qu'il n'en est aucun dont ils ne soient capables? Or, s'il est évident que la prohibition ne peut s'appliquer aux novices de cet ordre, et si, d'un autre côté, la loi met sur la même ligne les novices et les profès, il n'est pas moins évident que la disposition ne concerne point, qu'elle exclut même, l'ordre de Malte. — Mais, dit-on, autrefois les lois du noviciat étaient les mêmes pour l'ordre de Malte que pour les autres religieux. Les choses ont changé ; le noviciat durant souvent un très long-temps, les novices de l'ordre de Malte ne ressemblent plus aux novices des autres ordres. La réponse à cette objection est facile. Si l'on convient que, dans l'état actuel, les novices de l'ordre de Malte ne sont pas compris dans la prohibition, parcequ'ils sont trop différens des novices des autres ordres, pourquoi ne pas convenir de bonne foi que les profès de cet ordre en sont également affranchis, puisqu'ils sont aussi fort différens des profès des autres ordres? — Mais allons plus loin, et tâchons de voir quels ont pu être les motifs du législateur. Il a voulu assimiler les procurations *ad resignandum* aux testamens, et les soumettre aux mêmes formalités. Or, il est en cette matière un principe connu de tous les jurisconsultes, de tous les praticiens même, puisé dans les lois, et fondé sur le bon sens et sur la droite raison. Ce principe est que quiconque est incapable de tester, est pareillement incapable de servir de témoin dans un testament : par la raison contraire, celui qui peut tester, peut aussi être témoin dans un testament. Il serait absurde en effet que celui qui peut, par sa signature, assurer l'exécution de ses dernières volontés, rendît nulle, par cette même signature, la disposition d'un autre citoyen qui l'aurait appelé pour témoin; car on sait que, dans les pays régis par le droit romain, les signatures de sept témoins sont nécessaires pour la validité d'un testament, et que, s'il en manque une, ou qu'un des sept qui ont signé, soit incapable, le testament est radicalement nul. — Or, un chevalier de Malte, non seulement peut faire des legs, mais il peut faire lui-même un testament avec la permission du grand-maître ; permission qui, quoique nécessaire, suppose toujours que la faculté de tester existe dans le sujet qui l'obtient, et qu'elle est seulement liée par les règles de la discipline dont il est permis au supérieur de dispenser

Source : BIU Cujas

quand les circonstances l'exigent ou le permettent. Pour les autres religieux, cette faculté s'éteint pour ne jamais revivre à l'instant même qu'ils prononcent leurs vœux ; et nulle puissance ne peut la leur rendre, s'ils ne sont affranchis de leur engagement par quelque circonstance, comme s'ils sont promus à l'épiscopat. (*V. Testament.*) — Si le chevalier de Malte peut faire un testament, à plus forte raison peut-il valider un testament par sa signature ; et, comme le législateur a assimilé les procurations *ad resignandum* aux testamens, que ce n'est qu'en conséquence de cette assimilation qu'il a exclu certaines personnes de la faculté d'être témoins dans ces procurations, il suit que celui qui peut être témoin dans un testament, peut l'être pareillement dans une procuration *ad resignandum*. — Furgole, il est vrai, dans son Traité des Testamens, met les chevaliers de Malte au nombre des témoins prohibés. Mais Furgole, lorsqu'il ajoute à la loi, n'a que l'autorité d'un jurisconsulte : son avis ne pourrait être de quelque considération qu'autant qu'il s'appuierait sur quelque préjugé. Or, il n'en rapporte aucun ; et la manière dont il s'explique sur cette question, fait bien voir qu'il ne l'a ni examinée ni approfondie. Voici ses propres paroles : — *Une disposition aussi générale doit sans doute comprendre les religieux de Saint-Jean de Jérusalem, appelés chevaliers de Malte, parce qu'ils sont vrais religieux.* — On peut répondre à Furgole qui marche seul, et qui n'a pour lui que sa propre opinion, que la manière dont il s'explique ici, prouve qu'il n'a jamais connu l'état des chevaliers de Malte : sa décision n'est fondée que sur ce qu'ils sont religieux : il a supposé que tous les religieux sont incapables d'effets civils. Mais on vient de démontrer que cette supposition est absolument fausse par rapport aux chevaliers de Malte qui sont religieux et militaires, et plus militaires encore que religieux. — La résignation faite à l'abbé de Bréchainville, est donc inattaquable, puisqu'on ne la critique qu'en donnant à une loi sage par elle-même, une extension dont elle n'est pas susceptible. — On dit une loi sage ; et pour s'en convaincre, il suffit de lire le préambule de l'édit de 1719. On y voit une peinture énergique des abus qui se commettaient dans la congrégation de Saint-Maur relativement aux résignations des bénéfices. C'est pour les déraciner au moins en partie que le législateur a pris sur cet objet différentes précautions ; mais ce n'est pas contre l'ordre de Malte qu'il les prenait. — Aussi la loi garde-t-elle le silence sur cet ordre ; ce qui suffit pour qu'il ne soit pas compris dans la prohibition. Elle a voulu que les témoins des résignations fussent capables d'effets civils ; et les chevaliers de Malte en sont capables. Elle a exclu les novices comme les profès ; et comme sa disposition ne peut s'appliquer aux novices de l'ordre de Malte, elle est étrangère à cet ordre. Enfin, quiconque peut tester, quiconque peut agir en justice, est capable d'être témoin dans un acte. — Il n'est donc pas à craindre que les magistrats, dignes interprètes de la loi, dignes organes du législateur, imposent à l'ordre de Malte un nouveau genre de servitude ; et tandis que notre auguste monarque vient de déroger à une prohibition expresse en faveur de l'un des membres les plus distingués de cet ordre illustre qui revient couvert de lauriers de la victoire, tandis que la France applaudit avec transport à cet acte de justice, si la cour ne peut pas étendre la capacité des chevaliers de Malte, au moins les laissera-t-elle jouir en paix de ceux des effets civils dont aucune loi ne les a privés »

Tels étaient les raisonnemens de M. Courtin pour établir que les chevaliers de Malte sont capables de signer une procuration *ad resignandum*. Il faut avouer que ces moyens étaient frappans et et bien faits pour être favorablement écoutés.

« Mais (répondait M. Camus, défenseur de Dom Baudin), les considérations n'ont aucune force contre la loi ; et la loi entraîne toujours les suffrages des magistrats, qu'elle force souvent à prononcer contre leurs affections. Voyons donc si, dans la question qui nous occupe ici, la loi se prête à la faveur que mérite, à tant de titres, l'ordre de Malte. Du reste, la gloire qui l'environne, ne souffrira aucune atteinte, quand on saura que ses membres n'ont pas la faculté de signer des procurations *ad resignandum*.

On connaît l'art. 3 de la déclaration du 14 février 1737 ; mais si l'on rapproche le texte de la procuration du texte de la loi, la cause est jugée. La loi interdit à tous les religieux profès, de quelque ordre que ce soit, la faculté de signer une procuration *ad resignandum* : or, l'acte qui contient la procuration, atteste que l'un des témoins instrumentaires est un *profès* de l'ordre de Saint-Jean de Jérusalem. La nullité prononcée par la loi, frappe donc sur cette procuration ; elle l'anéantit donc avec tout ce qui en a été la suite ; elle laisse donc le sieur Bréchainville sans titre, et sans droit au prieuré de Beaugency. — Sans doute, il est fâcheux pour lui d'être privé de ce bénéfice, par le défaut d'une pure formalité ; formalité qui semble ne pas être bien essentielle, mais qui est impérieusement prescrite par la loi. Mais si la volonté bienfaisante de son résignant lui semble être de quelque prix, les droits de M. l'évêque de Soissons, collateur ordinaire, qui a pourvu dom Baudin, ne sont pas moins précieux. Entre ces deux actes, la résignation du titulaire, et la collation de l'ordinaire, également favorables, si l'on veut, la loi prononce ; et les circonstances exigent que les provisions l'emportent, parcequ'elles sont valables, et que la résignation est attaquée d'une nullité radicale. La loi est précise, son texte est clair ; sa disposition est fondée sur des motifs sages qui sont exposés dans le préambule. Aucuns efforts, aucunes considérations, ne sont capables d'en arrêter l'effet. — Le sieur de Bréchainville ne conteste ni l'autorité de la déclaration de 1737, ni sa disposition ; mais il prétend que, quelque générale que

Source : BIU Cujas

soit cette disposition, elle ne comprend pas les profès de l'ordre de Malte, parceque cet ordre doit être spécialement nommé dans toutes les lois que le législateur veut lui rendre communes avec les autres ordres religieux, les profès de Malte n'étant pas complètement religieux. — Pour appuyer la première assertion, on implore l'autorité du concile de Trente; mais l'ordre de Malte n'a été admis dans le royaume, ainsi que tous les autres ordres religieux, que par la volonté du souverain. Il n'est donc pas moins soumis que tous les autres corps séculiers ou réguliers, aux lois du royaume. Si des circonstances ou quelque privilège auquel on voulait déroger, ont exigé que l'on fît, dans certaines lois, une mention expresse de l'ordre de Saint-Jean de Jérusalem, il ne s'ensuit pas qu'il soit affranchi des autres lois générales, dans lesquelles il n'est pas nommé. C'est, au contraire, à ceux qui allègueraient une exemption en faveur de cet ordre, à l'établir par des textes exprès. Quand il n'y a point d'exception exprimée, il n'est pas besoin de déroger à cette exception qui n'existe pas. — C'est par les décisions du concile de Trente, que le sieur de Bréchainville veut établir qu'en France les lois faites pour les religieux en général, ne concernent point l'ordre de Malte, s'il n'y est expressément nommé. Mais depuis quand les formules de nos lois sont-elles réglées par les décrets d'un concile? Que les décisions d'un concile aient leur effet, lorsqu'il s'agira de l'application et de l'exécution des bulles des papes, cela peut être. Mais que des magistrats français aillent consulter le concile de Trente, pour savoir quelle étendue ils donneront aux lois qui règlent la solennité et la forme des actes qu'on passe dans le royaume, cette idée n'est pas proposable. — La seconde assertion, qui consiste à dire que les profès de l'ordre de Malte ne sont pas complètement religieux, n'est pas plus solide. Jetons un coup-d'œil sur les preuves de leur état. — Entre tous les auteurs qui ont eu occasion de s'expliquer sur cet ordre, il n'en est pas un qui n'assure que c'est un ordre religieux, composé originairement de simples hospitaliers, et qui renferme aujourd'hui trois sortes de personnes, des chevaliers, des chapelains et des servans d'armes, toutes réunies par des vœux solennels. — Le père Hélyot, dans son *Histoire des ordres religieux* (tom. 5, pag. 74 et suivantes), indique celui qui, le premier, donna à l'ordre de Malte la règle qui impose la nécessité des trois vœux solennels de pauvreté, de chasteté et d'obéissance: ce fut le grand-maître Raymond Dupuy. Il indique les papes qui confirmèrent cette règle; entr'autre, Calixte II, en 1120. Il rend compte du noviciat; il rapporte les vœux dont la formule est conçue en ces termes: *Moi.... jure et promets, et fais vœu au Tout-Puissant...., moyennant sa grace, d'observer et garder vraie obéissance à celui qui me sera commandé par Dieu et ma religion, de vivre sans propre, et de garder chasteté, ainsi qu'il convient à tous bons religieux catholiques.* — D'après cela, il n'est pas étonnant qu'on trouve par-tout, que les chevaliers profès de Malte sont de vrais religieux; et tout le monde peut se rappeler que, quand on annonce leur décès, on les qualifie *illustres frères.* — Richer, en traitant de la mort civile, et des personnes qui sont dans cet état de mort, a parlé spécialement des religieux; et n'a pas omis de comprendre, parmi les religieux qui sont dans un état de mort civile, les chevaliers profès de l'ordre de Malte. Voici quelques unes de ses propositions: *Un chevalier de Malte est un véritable religieux qui fait les trois vœux comme ceux des autres ordres...., et, en conséquence du vœu de pauvreté, ces chevaliers ne peuvent posséder en propre aucune sorte de biens; d'où il suit qu'un chevalier de Malte profès est incapable de tester et de rien donner.... Tous les articles des statuts de l'ordre établissent leur état de religieux, et concourent à les priver des avantages que donne la loi civile. C'est pourquoi tous nos auteurs s'accordent à leur donner la qualité de religieux.* (*Traité de la mort civile, pag.* 681 *et* 682.) — Furgole n'est donc pas le seul auteur qui ait regardé les chevaliers de Malte comme incapables de tester; et nous pouvons ajouter ici que l'on s'est trompé, lorsqu'on a dit que ce fameux jurisconsulte ne rapporte aucun préjugé pour appuyer son opinion; qu'il n'a ni examiné, ni approfondi la matière, qu'il marche seul, qu'il n'a pour lui que sa propre opinion, qu'il n'a jamais connu l'état des chevaliers de Malte. Si l'on eût un peu feuilleté l'ouvrage de Furgole, on aurait trouvé que cet auteur dit encore, chap. 4, sect. 2, n. 86, que *les livres sont pleins d'arrêts qui ont déclaré y avoir abus dans l'obtention ou exécution des dispenses de tester, accordées par des papes à des religieux profès. Ces arrêts sont rapportés par M. Maynard, liv.* 1, *ch.* 17; *Chenu, cent.* 2, *ch.* 16, *et plusieurs autres, même par rapport aux chevaliers de Malte qui sont attachés au saint-siege d'une manière encore plus spéciale que les autres religieux, puisque, par les statuts et les constitutions de leur ordre, le pape en est le supérieur souverain et immédiat.* — Le même auteur ajoute, n. 101: *Les religieux de Saint-Jean de Jérusalem, appelés chevaliers de Malte, sont vrais réguliers, liés par des vœux solennels, et par conséquent ils sont incapables de tester. M. Maynard, liv.* 1, *ch.* 17, *Brodeau et les auteurs qu'il cite, lettre C., sommaire* 8. — *Par un décret du chapitre général de cet ordre, tenu à Césarée en* 1260, *il fut défendu aux chevaliers de Saint-Jean de Jérusalem, de tester, d'instituer des héritiers, et de faire aucuns legs, ainsi que le remarque l'abbé de Vertot dans l'Histoire de Malte, liv.* 3, *tom.* 1, *pag.* 571 *de l'édition de* 1727. — *Mais par un décret de l'année* 1534, *ils ont la liberté de tester, pourvu qu'ils en obtiennent la permission du grand-maître, non de tous les biens qu'ils possèdent, mais seulement à concurrence du quint*

Source : BIU Cujas

de leur pécule ; les quatre autres quints qui restent, devant demeurer à l'ordre. C'est ce qui a été jugé par plusieurs arrêts, et notamment par celui du 29 janvier 1604, rapporté dans le Recueil des privilèges de l'ordre de Malte. Ils ne peuvent pas même tester sans la permission du grand-maître, ni du surplus de leur pécule, quand ils en obtiendraient la permission ou la dispense du pape, et une telle permission serait déclarée abusive ; il y a plusieurs arrêts qui l'ont jugé de même, ils sont rapportés par Maynard et Brodeau, aux droits cités, par Pithou, sur l'art. 105 de la coutume de Troies, et par Chenu, cent. 2, ch. 16. V. Ricard, part. 1, n. 346, 350. — C'est donc par inadvertance qu'on a accusé Furgole de marcher seul, de n'avoir pour lui que sa propre opinion, et de n'avoir jamais connu l'état des chevaliers de Malte. — L'état des chevaliers profès de l'ordre de Malte ainsi constaté, il n'est pas difficile de répondre aux objections. — Les chevaliers de Malte possèdent un pécule ; mais cela même prouve leur qualité de religieux : s'ils ne l'étaient pas, ils auraient des propriétés comme les citoyens ; au moins, ils auraient des possessions comme les bénéficiers ; mais ils n'ont qu'un *pécule*, expression qui caractérise la possession précaire, qui est la seule dont puisse jouir un religieux. — Les chevaliers de Malte jouissent de pensions sur les biens de leur famille ; mais on sait que c'est un usage assez commun pour tous les religieux. Il leur est permis de retenir des pensions modiques, pour pourvoir aux menues nécessités auxquelles le couvent ne pourvoirait pas. Il en est de même des chevaliers profès de l'ordre de Malte ; on leur permet de se réserver des pensions, pour en jouir jusqu'à ce qu'ils soient pourvus de commanderies, parceque, jusque-là, ils ne reçoivent rien de l'ordre, à moins qu'ils ne résident à Malte. — Enfin, il n'est pas vrai que ces chevaliers puissent tester ; la preuve en est consignée dans les passages qu'on vient de rapporter de Furgole, auteur qui mérite bien que l'on fasse attention à ses décisions, et qu'on ne le réfute pas avec légèreté. — Il est vrai que la nature de leur institut, qui exige qu'ils vivent dans le monde pour y défendre la religion et la patrie, peut être cause qu'ils observent le vœu de pauvreté moins exactement qu'on ne l'observe dans les autres ordres ; mais il n'est pas moins certain qu'ils prononcent les trois vœux solennels de religion ; que leur profession les sépare de la société ; et que la mort civile dont ils sont frappés, est la même que celle qui a frappé les autres religieux. — C'est cette qualité de véritables religieux qu'on ne peut se dispenser de reconnaître dans les profès de l'ordre de Malte, qui a été la base d'un célèbre arrêt rendu au parlement de Dijon, le 20 décembre 1757, qui déclare le frère Jornot, profès de l'ordre de Malte, incapable de posséder la chantrerie de Châlons-sur-Saône, nonobstant les bulles et les lettres-patentes qu'il avait obtenues, pour être dispensé à cet effet. Cet arrêt est rapporté dans le traité des Commendes, tom. 1, ch. 2. Toute la discussion roulait sur ces deux points, qu'un religieux est absolument incapable de posséder un bénéfice séculier, parceque nous n'admettons pas la réciprocité de la commende, et qu'un profès de l'ordre de Malte est un véritable religieux. Il est donc compris dans la prohibition de la déclaration de 1737 ; et, puisqu'un des témoins qui ont signé la procuration dont il s'agit, est chevalier de Malte profès, elle est nulle, et ne peut être autorisée par la justice ».

Par arrêt du 26 mars 1784, rendu sur les conclusions de M. Joly de Fleury, avocat général, la procuration *ad resignandum* a été déclarée nulle ; et dom Baudin pourvu du prieuré de Beaugency, par M. l'évêque de Soissons, a été gardé et maintenu dans la possession du bénéfice.

§. IV. *Changemens survenus dans l'ordre de Malte depuis 1789.*

La révolution française qui a tout changé, non seulement en France, mais dans presque toute l'Europe, ne pouvait pas ne pas atteindre l'ordre de Malte. Observons ses progrès relativement à cet ordre.

Le 4 août 1789, décret de l'assemblée constituante, qui « supprime les dîmes de toute nature, possédées..... même par l'ordre de Malte ».

Le 2 novembre suivant, autre décret qui déclare que *les biens ecclésiastiques*, et par conséquent ceux de l'ordre de Malte, *sont à la disposition de la nation.*

Le 23 octobre 1790, décret qui, après avoir énuméré, tit. 1, art. 1, les biens qui doivent, dès à présent, être considérés comme nationaux, et peuvent être aliénés comme tels, *ajourne ce qui concerne les biens de l'ordre de Malte.*

Le 30 juillet 1791, décret qui prive, art. 4, de la qualité et des droits de citoyen, « tout Français qui demanderait ou obtiendrait l'admission, ou qui conserverait l'affiliation à un ordre de chevalerie ou autre, ou corporation établie en pays étranger, fondée sur des distinctions de naissance ».

Le 19 septembre 1792, décret qui, levant l'ajournement prononcé par celui du 23 octobre 1790, ordonne, art. 1, que « les biens dont l'ordre de Malte jouit en France, seront dès à présent administrés, et les immeubles réels vendus, dans la même forme et aux mêmes conditions que les autres domaines nationaux ».

Depuis cette dernière loi, l'ordre de Malte n'a plus été considéré parmi nous, que comme une puissance absolument étrangère : bientôt même, il a été, comme il n'avait que trop cherché à l'être, traité en ennemi ; et le 24 prairial an 6, assiégé dans sa capitale par le général en chef de l'armée d'Orient, aujourd'hui EMPEREUR DES FRANÇAIS, il a, par une capitulation expresse, renoncé

Source : BIU Cujas

en faveur de la France, au droit de souveraineté qu'il exerçait tant sur l'île de Malte que sur celles de Gozo et de Comino.

Environ deux ans après, ces trois îles ont été, après un long siège, évacuées par les garnisons françaises, et ont passé sous la puissance de l'Angleterre, qui les détient encore, au mépris du traité d'Amiens du 6 germinal an 10, dont l'art 10 est ainsi conçu :

« Les îles de Malte, de Gozo et Comino seront rendues à l'ordre de Saint-Jean de Jérusalem, pour être par lui tenues aux mêmes conditions auxquelles il les possédait avant la guerre, et sous les stipulations suivantes :

» 1° Les chevaliers de l'ordre, dont les langues continueront à subsister après l'échange des ratifications du présent traité, sont invités à retourner à Malte aussitôt que l'échange aura eu lieu : ils y formeront un chapitre général, et procèderont à l'élection d'un grand-maître, choisi parmi les natifs des nations qui conservent des langues, à moins qu'elle n'ait été déjà faite depuis l'échange des ratifications préliminaires. — Il est entendu qu'une élection faite depuis cette époque, sera seule considérée comme valable, à l'exclusion de toute autre qui aurait eu lieu dans aucun temps antérieur à ladite époque.

» 2° Les gouvernemens de la République française et de la Grande-Bretagne, désirant mettre l'ordre et l'île de Malte dans un état d'indépendance entière à leur égard, conviennent qu'il n'y aura désormais ni langue française ni anglaise ; et que nul individu appartenant à l'une ou à l'autre de ces puissances, ne pourra être admis dans l'ordre.

» 3° Il sera établi une langue maltaise, qui sera entretenue par les revenus territoriaux et les droits commerciaux de l'île. Cette langue aura des dignités qui lui seront propres, des traitemens et une auberge. Les preuves de noblesse ne seront pas nécessaires pour l'admission des chevaliers de ladite langue : ils seront, d'ailleurs, admissibles à toutes les charges, et jouiront de tous les privilèges, comme les chevaliers des autres langues. Les emplois municipaux, administratifs, civils, judiciaires, et autres dépendans du gouvernement de l'île, seront occupés, au moins pour moitié, par des habitans des îles de Malte, Gozo et Comino.

» 4° Les forces de sa majesté britannique évacueront l'île et ses dépendances dans les trois mois qui suivront l'échange des ratifications, ou plutôt, si faire se peut. A cette époque, elle sera remise à l'ordre dans l'état où elle se trouve, pourvu que le grand-maître, ou des commissaires pleinement autorisés suivant les statuts de l'ordre, soient dans ladite île, pour en prendre possession.

» 5° La moitié de la garnison, pour le moins, sera toujours composée de Maltais natifs. Pour le restant, l'ordre aura la faculté de recruter parmi les natifs des pays seuls qui continuent de posséder des langues. Les troupes maltaises auront des officiers maltais. Le commandement en chef de la garnison, ainsi que la nomination des officiers, appartiendront au grand-maître ; et il ne pourra s'en démettre, même temporairement, qu'en faveur d'un chevalier, d'après l'avis du conseil de l'ordre.

» 6° L'indépendance des îles de Malte, de Gozo et de Comino, ainsi que le présent arrangement, sont mis sous la protection et la garantie de la France, de la Grande-Bretagne, de l'Autriche, de l'Espagne, de la Russie et de la Prusse.

» 7° La neutralité permanente de l'ordre de l'île de Malte, avec ses dépendances, est proclamée.

» 8° Les ports de Malte seront ouverts au commerce et à la navigation de toutes les nations, qui y paieront des droits égaux et modérés. Ces droits seront appliqués à l'entretien de la langue maltaise, comme il est spécifié dans le §. 3, à celui des établissemens civils et militaires de l'île, ainsi qu'à celui d'un lazaret général ouvert à tous les pavillons.

» 9° Les états barbaresques sont exceptés des dispositions des deux paragraphes précédens, jusqu'à ce que, par le moyen d'un arrangement que procureront les parties contractantes, le système d'hostilités qui subsiste entre lesdits états barbaresques, l'ordre de Saint-Jean, et les puissances possédant des langues ou concourant à leur composition, ait cessé.

» 10° L'ordre sera régi, quant au spirituel et au temporel, par les mêmes statuts qui étaient en vigueur lorsque les chevaliers sont sortis de l'île, autant qu'il n'y est pas dérogé par le présent traité.

» 11° Les dispositions contenues dans les §. 3, 5, 7, 8 et 10, seront converties en lois et statuts perpétuels de l'ordre, dans la forme usitée ; et le grand-maître, ou s'il n'était pas dans l'île au moment où elle sera remise à l'ordre, son représentant, ainsi que ses successeurs, seront tenus de faire serment de les observer ponctuellement ».]]

* MALVERSATION. Ce mot se dit de toute faute grave et punissable, commise dans l'exercice d'une charge, d'une commission, comme corruption, exaction, concussion, larcin.

§. I. *Des Malversations en général.*

I. Les Malversations que peuvent commettre les magistrats et les autres officiers dans les fonctions de leurs charges, ont lieu toutes les fois que, par des motifs d'intérêt, de haine, de vengeance, etc., ils font quelque injustice ou empêchent des choses justes. Ainsi, les Malversations sont plus ou moins graves, et peuvent se multiplier à l'infini.

Il y a, par exemple, Malversation de la part d'un juge, — Lorsqu'il rend un jugement inique, soit pour absoudre, soit pour condamner quelqu'un ; — Lorsqu'il fait emprisonner un innocent,

Source : BIU Cujas

ou qu'il élargit un coupable ; — Lorsqu'il engage un témoin à porter un faux témoignage contre un accusé ; — Lorsqu'il refuse de rendre la justice et de juger un procès qui est en état ; — Lorsqu'il reçoit de l'argent ou quelque présent, soit pour donner à une partie un rapporteur ou un arbitre à son gré, soit pour accélérer le jugement d'une affaire, ou même pour empêcher une chose injuste ; — Lorsqu'il usurpe une juridiction qu'il n'a pas. *V. Concussion, Corruption, Excès de pouvoir, Forfaiture* et *Prise à partie.*

Les arbitres choisis par les parties, qui se rendent coupables de Malversation, soit en se laissant corrompre par argent, soit en jugeant par faveur, par haine, etc., doivent être punis des mêmes peines que les juges qui commettent de pareils délits.

II. Les avocats, les procureurs, les solliciteurs de procès, les secrétaires, et autres qui prennent de l'argent d'une partie pour lui procurer un succès favorable, sous prétexte qu'ils ont la confiance du juge, doivent être punis de cette Malversation, comme ceux qui donnent de l'argent pour corrompre un juge. Il faut en dire autant de ceux qui font passer des promesses à leur profit, par les mêmes motifs et dans les mêmes vues.

Maynard rapporte à ce sujet, qu'un nommé Chanut, procureur au parlement de Toulouse, promit à un ecclésiastique, son client, de lui faire gagner son procès, s'il voulait s'obliger à payer une certaine somme, dont une partie serait délivrée au rapporteur du procès et au président : le client ayant accepté la proposition, le président et le rapporteur, qui en furent informés, rendirent au parlement une plainte, en conséquence de laquelle Chanut et l'ecclésiastique furent condamnés à faire amende honorable. [[*V. Conscription militaire* et *Escroquerie.*]]

Les avocats et les procureurs [[aujourd'hui les avoués]], sont coupables de Malversation, lorsque, par dol ou par fraude, ils engagent leurs parties dans des procès injustes, ou qu'ils trahissent la cause de leur client, pour favoriser celle de la partie adverse, ou qu'ils laissent condamner leurs parties sans les défendre, ou enfin qu'ils révèlent les secrets qu'elles leur ont confiés.

Les peines qui doivent être prononcées contre cette espèce de délit, sont la privation d'office contre celui qui a malversé : on doit en outre le condamner aux dommages et intérêts de la partie lésée, et quelquefois à une peine proprement dite, selon la qualité du fait et des circonstances.—[[*V. Concussion* et *Interdiction.*]]

III. Les huissiers ou sergens se rendent coupables de Malversation, — Lorsque, de leur autorité privée et sans décret ou ordonnance du juge, ils constituent quelqu'un prisonnier (*V. Arrestation*) ; — Lorsqu'ils laissent évader les personnes qu'ils étaient chargés d'emprisonner (*V. Evasion*) ; — Lorsqu'ils s'emparent des meubles d'un accusé prisonnier, en les faisant transporter chez eux ; — Lorsqu'ils commettent des excès et mauvais traitemens, en procédant aux saisies et exécutions ; — Lorsqu'ils exigent des salaires illégitimes, ou qu'ils détournent les deniers qu'ils ont reçus des parties poursuivies, ou des ventes qu'ils ont faites. [[*V. Huissier.*]]

Les geôliers se rendent coupables de Malversation, — Lorsqu'ils usent d'excès ou de mauvais traitemens envers les prisonniers ; — Lorsqu'ils abusent d'une femme prisonnière ; — Lorsqu'ils favorisent l'évasion d'un prisonnier ; — Lorsqu'ils mettent un prisonnier dans les cachots, ou qu'ils lui attachent les fers aux pieds, sans un mandement signé du juge ; — Lorsqu'ils délivrent des écrous à des personnes qui ne sont point actuellement en prison, et qu'ils font des écrous ou écrivent des décharges sur des feuilles volantes ou autrement que sur le registre côté et paraphé par le juge ; — Lorsque, sous prétexte de bienvenue, ils tirent d'un prisonnier de l'argent ou des vivres ; — Lorsqu'ils souffrent qu'on parle aux prisonniers enfermés dans les cachots, et qu'on leur remette des lettres ou billets sans la permission du juge [[aujourd'hui de la police municipale]] ; — Lorsqu'ils retiennent quelque chose sur les deniers consignés entre leurs mains, pour être remis aux créanciers des débiteurs emprisonnés.

Ces sortes de Malversations se punissent de peines pécuniaires ou corporelles, selon les circonstances et la qualité du délit.

Par exemple, si le prisonnier qui s'est évadé, était détenu pour un crime capital, et que le geôlier eût facilité l'évasion, il doit être puni du dernier supplice. C'est l'avis de plusieurs criminalistes, et c'est aussi une disposition de la constitution caroline. — [[Mais *V. Evasion.*]]

Si le prisonnier évadé était détenu pour dettes, et qu'il y eût la moindre négligence de la part du geôlier, ce dernier serait obligé de payer aux créanciers les sommes pour lesquelles le débiteur aurait été emprisonné ou recommandé. C'est ce qui résulte de deux arrêts des 10 mai 1605 et 4 décembre 1629, rapportés par Bouvot et par Bardet. *V. Garde du Commerce.* (M. Guyot.) *

[[§. II. *Des Malversations en matière d'eaux et forêts.*

L'art. 1 du tit. 9 de la loi du 15 septembre 1791 porte que « la poursuite des délits et *Malversations* commis dans les bois nationaux et des contraventions aux lois forestières, sera faite au nom et par les agens de la conservation (aujourd'hui, administration) générale (des forêts) ».

L'art. 5 ajoute que « les inspecteurs seront chargés de la poursuite des délits constatés par les procès-verbaux des gardes ».

« Les conservateurs seront chargés (continue l'art. 7) de la poursuite des Malversations dans les

Source : BIU Cujas

coupes et exploitations, et de celles des contraventions aux lois forestières ».

Enfin, l'art. 8 déclare que « les actions auxquelles pourra donner lieu la responsabilité des agens de la conservation, seront poursuivies par elle ».

On voit par l'ensemble de ces dispositions, que la loi du 15 septembre 1791 entend par *Malversations*, non les délits dont les agens forestiers peuvent se rendre coupables dans l'exercice de leurs fonctions, puisqu'elle les qualifie elle-même de *délits de responsabilité*, mais les délits que commettent les adjudicataires dans leurs coupes et exploitations.

Quoi qu'il en soit, de ce que l'art. 7 charge les conservateurs « de la poursuite des Malversations dans les coupes et exploitations », s'ensuit-il qu'elles ne peuvent pas être poursuivies par les inspecteurs agissant au nom de l'administration générale? Cette question s'est présentée dans les espèces suivantes.

Le 12 mai 1806, le sieur Buron, arpenteur de l'inspection forestière de Nantes, dresse un procès-verbal duquel il résulte que le sieur Saulnier, adjudicataire d'une coupe de bois, *a anticipé au-delà des limites qui lui ont été prescrites par son adjudication, en abattant quarante pieds d'arbres* non compris dans ces limites. — Cité en conséquence devant le tribunal correctionnel de Savenay, à la requête de l'inspecteur des forêts de l'arrondissement de Nantes, il soutient que cet officier est sans qualité pour le poursuivre à raison d'une Malversation prétendue dans son exploitation. Le tribunal de Savenay rejette son exception, et le condamne aux peines portées par l'ordonnance des eaux et forêts de 1669. — Sur l'appel, il fait valoir le même moyen. Le 15 juin 1807, la cour de justice criminelle du département de la Loire-Inférieure rejette son appel, « attendu qu'on ne peut pas arguer de nullité l'instruction faite à la requête de l'inspecteur, et maintenir qu'elle devait l'être à la requête de l'administration forestière, suite et diligence du conservateur; que suivant l'art. 5 du tit. 9 de la loi du 15-29 septembre 1791, les inspecteurs sont chargés de la poursuite des Malversations dans les coupes et exploitations et des contraventions aux lois forestières; et que d'après ces deux articles, l'inspecteur avait bien qualité pour faire les poursuites du délit constaté par le procès-verbal du 12 mai 1806, délit qui a été commis hors des limites de l'adjudication du sieur Saulnier, et qui, sous ce rapport, ne paraît pas devoir être compris sous la dénomination de Malversation dans les coupes et exploitations; que d'ailleurs, l'art. 7 de la loi du 16 nivose an 9 semble appeler l'inspecteur comme le conservateur à remplir toutes les fonctions attribuées aux divers agens forestiers par les lois précédentes ». — Le sieur Saulnier se pourvoit en cassation; mais par arrêt du 6 août 1807, au rapport de M. Babille, « considérant que l'art. 6 du tit. 9 de la loi du 15-29 septembre 1791 en désignant les conservateurs comme devant faire la visite des cantons de bois compris dans l'adjudication pour savoir si la coupe en a été régulièrement faite, n'exclud point les officiers en sous ordre de faire constater et poursuivre les délits commis par les adjudicataires, et notamment ceux qu'ils auraient commis, comme dans l'espèce, au-delà des limites déterminées par leur adjudication; — Que l'intention du législateur fondée sur l'intérêt public, est que les délits de ce genre, comme les autres, soient constatés et punis, et n'admet point de restrictions propres à favoriser la fraude et les Malversations; et que tel est l'esprit de l'instruction publiée par l'administration forestière; — Que d'ailleurs la poursuite a été faite par l'inspecteur, comme agent de l'administration forestière sur un procès-verbal régulier, ainsi que la loi citée lui en donnait le droit; — Par ces motifs, la cour rejette.... »

Les 7 mars et 3 mai 1806, procès-verbaux qui constatent un outre-passe et d'autres délits commis dans la forêt de Kersan, coupe de l'an 13, par le sieur Taurignan, adjudicataire. — Le sieur Taurignan est en conséquence cité devant le tribunal de première instance de Bagnères, *à la requête de l'administration forestière, poursuite et diligence du sous-inspecteur forestier de l'arrondissement.* — La cause portée à l'audience, le sieur Taurignan oppose le défaut de qualité du sous-inspecteur pour le poursuivre; et ce défaut de qualité, il le fait résulter de l'art. 7 ci-dessus transcrit. — Le sous-inspecteur se prévaut d'une lettre par laquelle le conservateur lui donne l'ordre de faire lui-même les poursuites au nom de l'administration forestière. — Le 9 juillet 1806, jugement qui, vu l'art. 7 dont il s'agit, déclare la citation nulle. — Le sous-inspecteur appelle de ce jugement, mais sans succès. Par arrêt du 5 janvier 1807, la cour de justice criminelle du département des Hautes-Pyrénées dit qu'il a été bien jugé. — Recours en cassation contre cet arrêt; et le 13 août suivant, arrêt, au rapport de M. Vergès, par lequel, — « Vu l'art. 1 du tit. 9 de la loi du 15-29 septembre 1791; — Considérant que François Taurignan était prévenu de Malversation dans l'exploitation de la coupe de l'an 13, dans la forêt impériale de Kersan; — Que la citation dirigée contre Taurignan, adjudicataire, a eu pour objet de le faire condamner aux peines et amendes encourues par l'effet de ces Malversations; — Que Taurignan a été cité à la requête de l'administration générale, à la diligence du sous-inspecteur forestier; — Que par conséquent la poursuite était évidemment régulière, puisqu'elle était faite à la requête de l'administration générale en qui réside essentiellement le droit d'action et de poursuite, et par un agent qui représentait légalement cette administration; — Que néanmoins la cour dont l'arrêt est attaqué, a annullé cette citation, sous prétexte que l'art. 6 du tit. 9 de ladite loi attribue aux conservateurs le droit de poursuivre ces espèces de dé-

Source : BIU Cujas

lits; — Considérant que l'attribution donnée par cet article aux conservateurs, comme étant plus spécialement chargés des récolemens, ne change et ne modifie aucunement le droit de poursuite dont l'administration générale est investie, et par l'art. 1er ci-dessus transcrit et par l'essence de ses institutions; qu'il était même établi dans l'espèce, que le conservateur avait expressément ordonné au sous-inspecteur forestier, sous sa responsabilité, de poursuivre lesdites Malversations; — Que par conséquent sous tous les rapports, ladite cour en annullant ladite citation, a violé ledit article et commis un excès de pouvoir; — La cour casse.... »

On trouvera au mot *Récolement*, un arrêt semblable, du 7 janvier 1808. — Au surplus, *V. Délit forestier.*]]

MANBOUR, MANBOURNIE. On entend par *Manbournie* toute espèce de puissance ou d'administration qu'un particulier a sur la personne ou sur les biens d'un autre; et par *Manbour*, celui qui jouit de cette puissance ou qui exerce cette administration.

Loysel (*Institutes coutumières*, liv. 1er, tit. 4), dit que « bail, garde, *Mainbour*, gouverneur, légitime administrateur et régentant, sont quasi tout un....; (et que) les enfans sont en la vourie et *Mainbournie* de leurs pères ou mères, soient francs ou serfs, majeurs ou mineurs ».

C'est sur-tout dans les coutumes de Hainaut, que sont employés les mots dont il s'agit, et ils y ont différentes significations.

1° La puissance paternelle est souvent exprimée dans cette province, par le terme de *Manbournie*. L'art. 26 de la coutume de Valenciennes porte que « tous enfans, fils ou filles, sont réputés âgés quand ils ont quinze ans accomplis, pour pouvoir jouir de leurs biens, n'est qu'ils soient en la subjection de leur père ou mère; que lors il les conviendrait préalablement et judiciairement mettre hors ladite *Manbournie* et subjection ».

2° Le mot *Manbour* est souvent synonyme de *tuteur*; témoin l'art. 25 de la coutume que nous venons de citer: « Les prévôt, jurés et échevins (de Valenciennes) sont les supérieurs *Manbours* des mineurs dans notredite ville, et pourront les tuteurs *Manbours* d'iceux mineurs, bailler à rente et par recours les héritages d'iceux enfans pour leur plus grand et évident profit, du consentement et par l'avis desdits de la loi..... ».

3° Les peuples du Hainaut ont considéré la femme sous la puissance de son mari, comme un être faible, purement passif, incapable de défendre ses droits et de veiller à ses intérêts: de là est venu l'usage de lui donner des *Manbours* en la mariant: ce sont pour elle des espèces de tuteurs dont la nomination se fait par le contrat de mariage: cette nomination n'est pourtant pas d'une nécessité absolue; elle ne sert que de précaution pour mettre la femme à l'abri de toutes les surprises qu'elle aurait à craindre de la part de son mari. C'est ce que prouve l'art. 10 du chap. 29 des chartes générales, conçu en ces termes: « Combien que Manbours soient dénommés par le traité de mariage *ou non*, néanmoins pour l'adhéritance du duaire et assène, la femme pourra prendre et choisir autres personnes pour Mnabours, et tels que bon lui semblera, afin d'être adhérités avec elle ».

Il y a cependant un cas où les Manbours sont nécessaires à la femme: c'est lorsqu'il s'agit, dans la coutume de Valenciennes, d'accepter une donation entre-vifs que lui fait son mari d'un héritage ou d'une rente tenue en mainferme. L'art. 16 de cette loi municipale porte que « le mari ne peut donner à sa femme d'entre-vifs aucun héritage ou rente réputée immeuble, n'est qu'il le fasse aux Manbours d'icelle pour elle, lesquels seront à ce dénommés et commis en faisant ledit don...; autrement tel don est nul ».

L'art. 26 du ch. 30 des chartes générales nous donne un exemple du pouvoir des Manbours dont il s'agit: « un Manbour de femme douée sera recevable de faire plainte pour avoir record du douaire d'icelle ». Cette disposition sera expliquée aux mots *Record de loi.*

Lorsqu'une femme a besoin d'un Manbour, et qu'on ne lui en a point donné par son contrat de mariage, ou que ceux qu'on lui a donnés sont morts ou refusent d'accepter sa Manbournie, il faut lui en faire nommer un d'office par le juge royal de son domicile. C'est ce qui résulte de l'art. 11 du ch. 29 des chartes générales: « Et s'il n'y avait Manbours dénommés par le traité de mariage, ou qu'ils fussent trépassés, ou ne le voulussent accepter, la remontrance s'en pourra faire en notredite cour, afin d'avoir Manbourg subrogé comme par icelle cour ».

4° On a vu aux articles *Déshéritance*, *Condition de Manbournerie*, et *Conditionner un héritage*, que pour intervenir l'ordre des successions immobilières, tel qu'il est prescrit par les chartes générales et par la coutume du chef-lieu de Mons, il est régulièrement nécessaire que le propriétaire se déshérite des biens qu'il a en vue, entre les mains des juges fonciers du lieu où ils sont situés.

Faut-il pour la validité de ces sortes de déshéritances, qu'elles soient suivies de la dénomination et de l'adhéritance d'un Manbour? Cette question n'en est point une pour les biens régis par les chartes générales; on tient constamment que la seule dessaisine du propriétaire suffit pour valider la disposition qu'il en a faite; mais la chose n'est pas aussi claire pour les mainfermes situés dans le chef-lieu de Mons.

Quelques uns pensent qu'il ne faut ni dénomination ni adhéritance de Manbour dans les dispositions que l'on fait de cette dernière espèce de biens. — Ils se fondent d'abord sur ce qu'il n'y a dans la coutume décrétée de cette partie du Hainaut, aucun texte qui prescrit cette formalité. — Ils ajoutent qu'un Manbour est, par rapport

Source : BIU Cujas

aux immeubles, ce qu'est un exécuteur testamentaire pour les meubles ; qu'un testament ne laisse pas d'être valable, quoiqu'il ne contienne pas de nomination d'un exécuteur testamentaire ; qu'il en doit donc être de même des déshéritances ou actes de *condition* ; qu'autrement il faudrait attribuer à la mort du Manbour, arrivée avant celle du disposant, l'effet d'anéantir la disposition, en la faisant tomber en caducité ; ce qui rendrait souvent illusoire la faculté de *conditionner* ; qu'enfin, Dumées (*Jurisprudence du Hainaut français*, page 112), nous donne une formule de *condition*, dans laquelle il n'est point du tout parlé de Manbour.

Ces raisons ne manquent pas de solidité ; cependant l'opinion contraire a prévalu, et l'usage l'a consacrée.

Dans le principe, on distinguait les *conditions* qui se faisaient uniquement pour conserver le pouvoir de disposer en tout état, d'avec celles qui tendaient directement à intervertir l'ordre des successions légales : on a toujours tenu qu'il fallait dénomination et adhéritance de Manbour dans les premières ; mais on pensait, à l'égard des secondes, que cette formalité n'était pas nécessaire, ou du moins qu'elle n'était requise que pour le cas où le disposant serait devenu incapable par un changement d'état : et sur ce fondement, il a été jugé par un arrêt du souverain chef-lieu de Mons, du 13 février 1671, que la *condition* faite par un prêtre au profit de ses neveux et nièces, d'un bien qu'il acquérait, devait être exécutée, quoiqu'elle ne contînt point de dénomination ni d'adhéritance de Manbour.—Les prêtres ne peuvent point changer d'état, en prenant ce mot dans le sens que lui attribue la coutume, c'est-à-dire, passer du mariage à la viduité.

Dans la suite, on a été plus loin.— Un arrêt du conseil souverain de Mons, du 11 juillet 1678, a jugé, en faveur de Denis Jacquis contre Michel Machelart et consorts, qu'une condition faite pour déroger à l'ordre des successions *ab intestat*, était nulle, faute de nomination et d'adhéritance de Manbour. — Le chef-lieu de Mons a pareillement décidé, le 23 octobre 1708, que l'omission de cette formalité avait vicié la *condition* faite par Cornille Raulso au profit de Marie-Jeanne le Febvre, quoique le conditionnant n'eût point changé d'état dans l'intervalle de l'acte au moment de sa mort. — On verra dans un instant que le parlement de Flandre s'est conformé à cette jurisprudence, et qu'il en a fait la base d'un arrêt du 13 août 1779.

De là une autre question : doit-on présumer l'adhéritance du Manbour, lorsqu'il est seulement énoncé dans l'acte de *condition*, que le disposant s'est déshérité et qu'il a requis les juges d'adhériter un tel en qualité de Manbour ?

L'affirmative a été prononcée par trois arrêts du conseil souverain de Mons : le premier est du mois de janvier 1708 ; il a été rendu entre Claude de Bettignies et Pierre Bernage. Le second est intervenu en janvier 1711, entre la veuve Vandergoght et le baron de Poderlé. On a remarqué que le rapporteur, M. Bernard, était d'un avis contraire. Le troisième a été rendu au rapport de M. Le Roi, le 15 mars 1716, entre le sieur Cossée, et les exécuteurs testamentaires de la veuve Briquet.

Mais cette jurisprudence était trop opposée aux principes, pour subsister long-temps. Dès le 6 septembre 1703, le conseil souverain de Mons lui-même l'a condamnée par un arrêt porté en faveur de Marguerite et de Marie-Thérèse Notté, contre Gillart-François Notté ; et il a montré depuis en plusieurs occasions, qu'il l'avait entièrement abandonnée. (*V. Devoirs de loi.*)

Le souverain chef-lieu a fait plus ; le 23 janvier 1766, il a adressé à tous les échevinages de son ressort un rescrit ainsi conçu : — « Chers et bien-amés, étant venu à notre connaissance, par différentes procédures portées à ce siège pour en recevoir charge de juger, qu'on se relâchait de l'ancien usage, se contentant en plusieurs endroits, dans l'operation des *conditions*, d'insérer que le déshéritant avait requis qu'un tel soit adhérité Manbour, sans exprimer qu'il l'a été ; d'où il résulte grand nombre de procédures pour lesquelles il faut souvent en venir à la voie de record pour établir ce fait : pour prévenir ces inconvéniens, nous vous faisons cette, pour vous avertir d'être soigneux, pour que, dans chaque embrevure, l'adhéritance de Manbour soit exprimée, à peine qu'on ne la présumera pas effectuée ; à quel effet vous ferez déposer la présente à vos respectifs greffes, pour la direction des greffiers en cette partie ».

Voici l'espèce d'un arrêt du parlement de Flandre, qui a adopté formellement cette décision. — Le 14 janvier 1727, le nommé Larmoyeux, demeurant à Sassignies, village du chef-lieu de Mons, *ayant femme première et enfans d'elle*, rapporta entre les mains de la *loi* du lieu un héritage dont il était propriétaire libre, à l'effet d'en pouvoir disposer en tout état, et au cas qu'il n'en fît rien, d'assurer à sa femme, dans l'hypothèse qu'elle le survécût, le droit d'en jouir toute sa vie et d'en disposer à son gré. Larmoyeux mourut le premier ; sa veuve se remaria à Daniel Bouttiau, après avoir passé, le 10 novembre 1728, un acte de *condition*, par lequel elle se réservait à elle et à son futur époux l'usufruit de tous les biens qu'elle possédait alors, et ordonnait que les enfans à naître du second mariage projeté, y prendraient une part égale à celle des enfans du premier lit. Il n'était pas fait mention dans ce dernier acte, que le Manbour nommé par la mère, eût été adhérité : cette omission détermina les enfans des premières nôces à en demander la nullité, afin d'exclure leurs frères utérins du partage dans les biens conditionnés. Ceux-ci répondaient que la coutume du chef-lieu de Mons n'a aucune disposition qui règle la forme dans laquelle les *conditions* doivent

Source : BIU Cujas

être rédigées ; qu'ainsi, on ne peut pas dire que l'énonciation de l'adhéritance du Manbour y soit requise à peine de nullité ; qu'il suffisait d'ailleurs de jeter les yeux sur l'acte dont il s'agissait, pour se convaincre que l'adhéritance avait été effectuée, puisqu'il y était dit que la veuve Larmoyeux s'était déshéritée et avait présenté un tel pour Manbour, avec réquisition de l'adhériter ; que le pouvoir des gens de loi est en cette matière absolument passif ; qu'ils ne peuvent jamais refuser l'adhéritance qu'on leur demande ; que par conséquent on doit la présumer accordée, lorsqu'il est prouvé qu'elle a été demandée ; que d'ailleurs le Manbour nommé par la veuve Larmoyeux, avait signé l'acte ; et qu'après tout, il ne fallait point d'adhéritance ni même de nomination de Manbour, pour faire valoir un acte de condition. — Sur ces raisons, il intervint sentence au bailliage seigneurial de Sassignies, par laquelle les enfans du premier lit furent déboutés de leur demande, et ceux du second admis au partage des immeubles conditionnés. Mais la cause ayant été portée par appel au parlement de Flandre, la sentence a été infirmée de toutes voix, moins une, et l'acte dont il s'agissait déclaré nul avec dépens. L'arrêt a été rendu le 13 août 1779, au rapport de M. Vanrode, à la seconde chambre.

Le défenseur des intimés citait à l'appui de la sentence un arrêt dont il est bon de faire connaître l'espèce. Le nommé Lallemant, se trouvant sans enfans, avait fait, du consentement de ses héritiers présomptifs, une *condition* par laquelle il accordait à sa femme, en cas de survie, la faculté de disposer à son gré d'une rente qui lui était propre ; l'acte ne portait point que le Manbour eût été adhérité. La femme devenue veuve se remaria avec le nommé Plouvier, et avant la célébration, elle fit, en vertu du pouvoir que lui en avait donné son premier mari, une *condition* portant que son futur époux jouirait de la rente par usufruit, et que le partage s'en ferait également après son décès entre tous les enfans à naître de son mariage. Les héritiers collatéraux de Lallemant la laissèrent jouir toute sa vie de la rente, mais à sa mort, ils la réclamèrent, sur le fondement du défaut d'adhéritance dans la condition faite par leur auteur. Les enfans Plouvier répondirent également que l'adhéritance devait être présumée, mais ils ajoutèrent que le bien revendiqué sur eux leur était acquis à titre de prescription. C'est ce dernier moyen qui a fait débouter les héritiers Lallemant. L'arrêt est du mois de mai 1763, il confirme une sentence du bailliage du Quesnoy.

La question s'est représentée depuis peu, et la partie qui alléguait le défaut d'adhéritance du Manbour, a perdu sa cause. Mais, 1° elle s'était mal défendue : elle n'avait cité ni les arrêts rendus sur cette matière au conseil souverain du Hainaut autrichien, ni le règlement du chef-lieu de Mons du 23 janvier 1766, ni l'arrêt du parlement de Flandre de 1779. 2° Le cas était absolument particulier : il s'agissait d'un contrat de rente qui avait été donné par condition de Manbournie à Jacques-Joseph Habeau, demeurant à Desiviers, paroisse de Jalles : il ne paraissait pas que cette rente fût hypothéquée autrement que par un simple rapport. Dès-là, elle ne pouvait pas être réputée immobilière ; et comme, sous ce point de vue, il ne fallait pas de devoirs de loi pour en disposer, il était évident que le défaut d'adhéritance d'un Manbour qui n'avait été nommé que surabondamment, ne pouvait pas en vicier la disposition. *Utile non vitiatur per inutile.* J'avais été consulté par Habeau, et j'avais pensé qu'il devait se borner à ce second moyen qui était péremptoire. — L'arrêt a été rendu le 19 janvier 1784, à la troisième chambre, au rapport de M. Wacrenier.

V. Loer, Embref, Devoirs de loi, Déshéritance, Conditionner, Mons, Hainaut, Rente, etc.

[[*V.* aussi *Condition de Manbournie*, §. 8.]]

* MANDAT. C'est une convention par laquelle quelqu'un se charge de faire quelque chose pour une autre personne. — Celui qui donne la chose à faire se nomme *mandant* ; et celui qui s'en charge, *mandataire*.

§. I. *Nature et forme du Mandat. Personnes entre lesquelles il peut se former.*

I. Le Mandat est de la classe *des contrats du droit des gens ;* il n'est assujetti à aucune forme ni à aucune règle qui lui soient particulières. Il est aussi du nombre des contrats de bienfaisance, et se fait ordinairement pour le seul intérêt du mandant : c'est d'ailleurs un contrat synallagmatique qui produit des obligations réciproques. Le mandataire doit rendre compte au mandant, et celui-ci doit indemniser celui-là.

II. Pour qu'une affaire puisse être le sujet d'un contrat de Mandat, il faut qu'elle ne soit opposée ni aux lois ni aux bonnes mœurs : d'où il suit que si je m'étais chargé d'acheter pour vous du tabac de contrebande, le Mandat serait nul, comme contraire aux lois, et ne produirait aucune obligation.

III. Il faut aussi, pour la validité du Mandat, que l'affaire soit de telle nature, que le mandant puisse être censé la faire lui-même par le ministère de son mandataire. C'est pourquoi, si je vous mandais d'emprunter de mon receveur mille écus qui m'appartinssent, et qu'il vous les comptât, il est clair que ce serait un prêt que je vous ferais, et qu'en cela il n'y aurait aucun contrat de Mandat, attendu qu'il s'agirait d'une affaire que je ne pourrais être censé faire pour moi-même, puisque personne ne peut emprunter ses propres deniers.

IV. Il faut encore, pour la validité du Mandat, que l'affaire qui en est l'objet, soit telle qu'on puisse supposer que le mandataire peut la faire. Ainsi, dans le cas où un colonel aurait donné commis-

Source : BIU Cujas

sion à un conseiller au parlement d'aller commander son régiment, et que ce conseiller eût accepté la commission, le Mandat n'en serait pas moins nul, parcequ'il s'agirait d'une chose que le mandataire ne pourrait pas faire.

V. Il est de l'essence du Mandat que le mandant ait l'intention de charger à ses propres risques le mandataire de l'affaire qui est le sujet du Mandat, et que le mandataire ait de son côté la volonté de s'obliger à exécuter la commission. C'est cette volonté réciproque du mandant et du mandataire qui constitue le Mandat, et c'est aussi ce qui le fait différer de la simple recommandation, qui ne produit aucune obligation.—Ainsi, lorsque je vous ai écrit à Paris que ma femme irait y passer l'hiver, et que je vous la recommandais pendant son séjour dans la capitale, ma lettre ne contenant qu'une simple recommandation, nous n'avons contracté l'un envers l'autre aucune obligation : c'est pourquoi vous ne seriez nullement fondé à me répéter la dépense que vous avez faite pour procurer de l'agrément à ma femme en conséquence de ma recommandation. — Mais si je vous avais prié de fournir à ma femme les deniers qu'elle vous demanderait durant son séjour, ma lettre eût été un Mandat par lequel j'aurais contracté l'obligation de vous rembourser ce que vous auriez avancé.

C'est encore l'intention respective du mandant et du mandataire de s'obliger l'un envers l'autre, qui distingue le Mandat du conseil. Ce dernier, semblable à la recommandation, ne produit aucune obligation. D'où il suit, que pour connaître s'il est intervenu un Mandat entre les parties, ou s'il n'a été question que d'un simple conseil, il faut apprécier scrupuleusement les termes dans lesquels elles se sont expliquées. — Si, par exemple, je vous prie de prêter à mon parent cent louis que je n'ai pas pu lui prêter moi-même, parceque je ne les avais pas, il est certain qu'il résulte de mon discours un Mandat, suivant lequel je dois être tenu de vous indemniser du prêt que vous aurez fait en conséquence : mais si je vous dis simplement qu'Alexandre, mon ami, qui vous prie de lui prêter cent louis, est un homme solvable, et que vous pouvez l'obliger sans courir aucun risque, il ne résultera de ce discours qu'un conseil qui ne produira aucune obligation. —Observez néanmoins que si vous pouviez prouver que je savais que les affaires d'Alexandre étaient dérangées lorsque je vous ai conseillé de lui prêter les deniers qu'il demandait, je serais tenu de vous rendre cette somme, à cause du dol que vous seriez en droit de m'imputer.

VI. Il est de l'essence du contrat de Mandat qu'il soit gratuit; autrement ce serait un contrat de louage.

[[Cette proposition, conforme à la doctrine de Pothier, dans son *Traité du Mandat*, n. 22, avait été littéralement adoptée par les rédacteurs du projet du Code Napoléon. Mais le Code lui-même l'a modifiée : *le Mandat est gratuit*, porte-t-il, art. 1986, *s'il n'y a convention contraire*.

Ainsi, il n'est, non pas *de l'essence*, mais *de la nature* du Mandat, qu'il soit gratuit.

Les lois romaines renfermaient là-dessus des distinctions fort subtiles : elles admettaient l'*honoraire et le salaire* dans le Mandat; mais elles en rejetaient ce qu'elles appelaient *merces*, c'est-à-dire, le loyer. *V.* Voët, sur le Digeste, liv. 17, tit. 1, n. 2.]]

VII. Le Mandat n'étant assujetti à aucune forme particulière, il peut se faire verbalement : mais si la chose qui en fait l'objet excède la valeur de 100 livres [[aujourd'hui 150 francs]], et que l'une des parties disconvienne du Mandat, l'autre partie ne peut pas être admise à le prouver par témoins; elle a seulement le droit d'obliger la partie qui en disconvient, à affirmer qu'il n'a point eu lieu. — [[*Code Napoléon*, *art.* 1985.]]

Au reste, le contrat de Mandat se forme le plus souvent par un écrit qu'on appelle *procuration*, et qui se fait sous signature privée ou par-devant notaires.

[[VIII. Le Mandat (porte l'art. 1987 du Code Napoléon) « est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant ».

L'art. 1988 ajoute : « Le Mandat conçu en termes généraux, n'embrasse que les actes d'administration. — S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le Mandat doit être exprès ».

» Le Mandataire (continue l'art. 1989), ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son Mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre ». — *V. Désistement.*

IX. Le Mandat n'est pas obligatoire pour le mandant, si celui-ci n'a toutes les qualités et ne réunit toutes les conditions requises par les lois pour qu'il puisse valablement s'engager par l'acte qui est l'objet du Mandat.

A l'égard du mandataire, voici ce que porte l'art. 1990 du Code Napoléon : « Les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires; mais le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur, que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs, et contre la femme mariée et qui a accepté le Mandat sans autorisation de son mari, que d'après les règles établies » aux mots *Autorisation martiale.*

Du reste, « l'acceptation du Mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire ». Ce sont les termes du Code Napoléon, art. 1985, §. 2. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Compte courant.*]]

§. II. *Des obligations des mandataires.*

I. Quoique l'acceptation du Mandat soit un pur bienfait du mandataire envers le mandant, il en

Source : BIU Cujas

résulte néanmoins, aussitôt qu'elle a eu lieu, [[et sauf l'exception remarquée ci-dessus, §. 1, n. 9]], une obligation de la part du mandataire d'exécuter le Mandat, sous peine d'être tenu des dommages et intérêts qui pourraient résulter de l'inexécution.

Cette obligation est particulièrement fondée sur la règle générale qui ne permet pas de manquer aux promesses qu'on a faites. D'ailleurs, ce serait blesser tout principe d'équité, si le mandataire pouvait impunément induire en erreur le mandant, qui, s'il n'eût pas compté sur la fidélité du mandataire, aurait pris des mesures pour faire ses affaires lui-même, ou pour en charger un autre mandataire. [[*Code Napoléon*, *art.* 1991.]]

Il peut néanmoins, depuis le contrat, survenir différentes causes qui dispensent le mandataire de remplir l'obligation qu'il a contractée. [[*V.* ci-après, §. 5, n. 6.]]

II. Si le mandataire vient à être informé d'une chose qui eût vraisemblablement empêché le Mandat, si le mandant ne l'eût pas ignorée, le mandataire ne doit exécuter le Mandat qu'après avoir instruit de cette chose le mandant. Supposez, par exemple, que je vous aie chargé d'acheter pour 20,000 livres une maison que je croyais solidement bâtie, et que vous ayez remarqué que cette maison était sur le point de tomber en ruine, vous devez surseoir à l'exécution du Mandat jusqu'à la réponse que j'aurai faite aux observations que vous m'aurez communiquées à cet égard.

III. Quoique l'exécution du Mandat soit un service gratuit, le mandant peut exiger du mandataire tout le soin et toute l'intelligence qu'il faut pour remplir l'objet du Mandat: d'où il suit, que si le mandataire commet dans sa gestion quelque faute, il doit répondre du préjudice qu'il aura fait au mandant.

Par exemple, je vous ai chargé de faire le recouvrement des deniers qui m'étaient dus à Lyon, et je vous ai en conséquence remis les titres constitutifs des créances: si vous avez laissé prescrire quelqu'une de ces créances, ou que vous ayez négligé de vous opposer au décret des biens qui m'étaient hypothéqués, vous serez responsable des pertes que vous m'aurez occasionnées par votre défaut de soin.

[[« Le mandataire (porte l'art. 1992 du Code Napoléon) répond, non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins la responsabilité relative aux fautes, est appliquée moins rigoureusement à celui dont le Mandat est gratuit, qu'à celui qui reçoit un salaire ».]]

IV. Tout ce qui est provenu de la gestion du mandataire, doit être remis en entier au mandant. (*V.* ci-après §. 3.) Cependant lorsque le mandataire a reçu des sommes d'argent, il peut retenir sur ces sommes les deniers qu'il a déboursés pour sa gestion.

Et s'il s'agit d'un corps certain, tel, par exemple, qu'un carrosse que le mandataire a été chargé d'acheter pour le mandant, le mandataire peut le garder jusqu'à ce que les deniers qu'il a délivrés, aient été remboursés par le mandant.

V. L'action à laquelle le contrat de Mandat donne ouverture en faveur du mandant, est appelée dans le droit romain *actio mandati directa*, action directe. En exerçant cette action, le mandant conclut à ce que le mandataire, qui, sans cause légitime, n'a pas rempli la commission dont il s'était chargé, soit condamné aux dommages et intérêts résultans de l'inexécution de son engagement; ou si le Mandat a été exécuté, à ce qu'il soit condamné à rendre compte de sa gestion.

[[Car « tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu, n'eût point été dû au mandant ». Ce sont les termes de l'art. 1993 du Code Napoléon.]]

VI. Si plusieurs mandataires se sont chargés de l'affaire qui est le sujet du Mandat, le mandant peut intenter son action solidairement contre chacun d'eux. C'est ce qui résulte de la loi 60, §. 2, D. *mandati*.

[[La décision de cette loi est abrogée par l'art. 1995 du Code Napoléon.

Mais, suivant l'art. 1994, il y a solidarité entre le mandataire et « celui qu'il s'est substitué dans sa gestion, 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix, était notoirement incapable ou insolvable ». — Hors ces deux cas, le mandataire n'est pas responsable de la gestion de son remplaçant. — Mais dans tous, « le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée ». C'est la disposition expresse du même article.

VII. Dans quels cas et à raison de quelles sommes le mandataire doit-il des intérêts? [[*V. Intérêt*, §. 2, n. 9, et §. 4, n. 13.]]

VIII. Suivant le droit romain, l'action *mandati directa* était du nombre de celles que l'on appelait *famosæ*, parceque la condamnation à laquelle elle donnait lieu contre le mandataire qui avait malversé dans sa gestion, ou qui refusait de rendre compte, lui faisait encourir de plein droit l'infamie: mais cette jurisprudence n'a point été adoptée parmi nous.

[[IX. Quelles sont les obligations du mandataire envers les tiers avec lesquels il a contracté au nom du mandant? L'art. 1997 du Code Napoléon, conforme en ce point à l'ancien droit, répond que « le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il a contracté en cette qualité, une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie, (même) pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis ».

V. Command, et le plaidoyer du 27 janvier 1808, rapporté au mot *Vente*.

Source : BIU Cujas

§. III. *Celui qui acquiert en vertu d'un mandat qu'il a accepté, peut-il faire l'acquisition tant pour lui-même que pour son commettant ? — Quel est, en pareil cas, l'effet d'une acquisition faite par une femme procuratrice de son mari, et qui, mariée sous le régime dotal, peut posséder des biens paraphernaux ?*

Le 6 pluviose an 3, Ennemond Grandjard, domicilié dans le département de la Loire, constitue *sa procuratrice générale et spéciale* Pierrette Durand, son épouse, *qu'il autorise à l'effet de stipuler en son nom personnel, dans tous les cas et dans toutes les négociations, gestions, administrations et affaires dans lesquelles elle agira en vertu des pouvoirs qui vont être exprimés avec solidité entre eux ; et à laquelle il donne pouvoir de pour lui et en son nom, acquérir de toutes personnes toutes espèces de biens.* — Le 17 vendémiaire an 4, la femme d'Ennemond Granjard, *de lui autorisée par la procuration* dont il vient d'être parlé, et *stipulant tant en son nom personnel que comme procuratrice de son mari*, traite de tous les biens composant la succession d'Auguste-Louis Bertin, ancien trésorier des parties casuelles ; et Louis Bertin-Blagny, son héritier, les cède et transporte à Ennemond Grandjard *et à sa femme, acquéreurs, pour eux, leurs héritiers et ayant cause*, sous des conditions à l'accomplissement desquelles la femme Grandjard oblige solidairement son mari et elle-même. — Le 3 vendémiaire an 7, Ennemond Grandjard vend *seul* la majeure partie de ces biens aux sieurs Guillechet et Jantet, de Lyon. — La femme Grandjard, mécontente de cette aliénation, se fait autoriser par justice à la poursuite de ses droits, rend plainte en dol et en escroquerie contre les acquéreurs. Son mari improuve d'abord ses démarches, mais bientôt il les appuie par deux plaintes successives du même genre. — Le 2 vendémiaire an 9, le directeur du jury rend une ordonnance par laquelle il déclare qu'il n'y a pas lieu de donner suite à la plainte de la femme Grandjard, parceque l'acte de vente du 3 vendémiaire an 7 lui est étranger, et renvoie celles du mari à l'audience correctionnelle du tribunal de première instance de Roanne. — Le 4 frimaire suivant, jugement qui rejette les plaintes d'Ennemond Grandjard comme portant sur des faits prouvés faux, *calomnieuses et inconséquentes*. — Appel de la part de celui-ci ; et le 4 nivose de la même année, arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Loire qui rejette sa requête. — Dans l'intervalle de la première plainte à ces jugemens, la femme Grandjard et ensuite son mari avec elle, avaient fait pratiquer des saisies-arrêts entre les mains des fermiers de la terre de Pont-de-Veaux, l'un des principaux objets de la vente faite le 3 vendémiaire an 7 aux sieurs Guillechet et Jantet. — Ceux-ci s'étaient pourvus en main-levée devant le tribunal civil de l'arrondissement de Bourg, et y avaient fait assigner Grandjard et sa femme, tant à cette fin que pour voir dire en conséquence que le contrat du 3 vendémiaire an 7 serait exécuté selon sa forme et teneur. — Grandjard et sa femme, se présentant sur cette assignation, avaient demandé leur renvoi devant les juges de leur domicile. — Le 14 messidor an 8, jugement par défaut, faute de plaider, qui, sans avoir égard au déclinatoire, prononce conformément aux conclusions des sieurs Guillechet et Jantet. — Opposition à ce jugement de la part d'Ennemond Grandjard et de sa femme. — Le 14 thermidor suivant, ils en sont déboutés par défaut. — Ils gardent le silence sur ces jugemens, jusqu'à l'arrêt du 4 nivose an 9 qui proscrit définitivement et sans retour les plaintes en dol et en escroquerie. Mais cet arrêt rendu, ils prennent le parti d'appeler des deux jugemens, et la cause est portée devant la cour de Lyon, où ils soutiennent, 1° que le contrat de vente doit être annullé pour le tout, comme l'ouvrage du dol, de la fraude et de la surprise ; 2° qu'il doit au moins l'être pour la moitié, attendu que la femme Grandjard était, d'après le contrat d'acquisition du 17 vendémiaire an 4, copropriétaire des immeubles vendus par son mari aux sieurs Guillechet et Jantet, et que son mari n'a pas pu, d'après les lois romaines, aliéner malgré elle ou à son insçu, la portion qu'elle avait dans ces biens. — Le 7 fructidor an 11, arrêt par lequel — «Considérant (en ce qui touche les moyens de dol), qu'il est certain que, pour le redressement d'un tort, on peut se pourvoir ou au criminel ou au civil ; mais que quand l'on a opté une de ces actions, et que l'on a demandé au criminel et la répression et la réparation, l'on ne peut plus revenir par action civile sur le même objet.....; qu'il est démontré que l'action civile que poursuivent en ce moment les mariés Grandjard, est exactement la même sur laquelle il a été statué au criminel ; (qu'ainsi) ils sont non recevables ; — Considérant, en ce qui touche les droits de copropriété réclamés par Pierrette Durand, femme Grandjard, qu'il est certain en principe qu'une femme sous puissance de mari ne peut valablement contracter, qu'autant qu'elle est spécialement autorisée au moment où elle passe l'acte par lequel elle s'engage ; — Considérant que, dans l'espèce, Pierrette Durand n'était point autorisée à acheter pour elle les biens et droits de la succession Bertin ; qu'elle ne peut se prévaloir de l'autorisation générale qu'elle dit lui avoir été donnée par Ennemond Grandjard, dans la procuration que celui-ci lui a passée le 3 pluviose an 3, parceque s'il est vrai qu'il existe quelque ambiguité dans la rédaction de la première clause de cette procuration, celle qui suit, dans laquelle Ennemond Grandjard stipule qu'il veut que son procureur fondé ne puisse acheter que pour lui et en son nom, lève tous les doutes, dissipe toutes les incertitudes ; qu'ainsi, Pierrette Durand n'étant pas autorisée pour acheter pour son compte, la stipulation faite à son profit dans le contrat du 17 vendémiaire an 4, est une contravention au Mandat, un excès de pouvoir qui ne saurait lui pro-

Source : BIU Cujas

duire aucun droit pour revenir contre la vente qu'Ennemond Grandjard, son mandant, a faite...; Le tribunal (d'appel de Lyon) dit qu'il a été bien jugé ».

Grandjard et sa femme se pourvoient en cassation. — 1° Suivant eux, la cour d'appel de Lyon, en confirmant deux jugemens qui avaient statué à la fois sur le déclinatoire et sur le fond, a contrevenu à l'art. 3 du tit. 6 de l'ordonnance de 1667; — 2° en confirmant le rejet prononcé par ces mêmes jugemens, d'un déclinatoire fondé sur les règles de la compétence, elle a violé l'art. 1 du tit. 6 de la même ordonnance; — 3° En déclarant non recevables les moyens de dol articulés contre la vente du 3 vendémiaire an 7, elle a créé une fin de non recevoir qui n'était fondée sur aucune loi, et par conséquent commis un excès de pouvoir; — 4° En faisant valoir contre la femme Grandjard la vente du 3 vendémiaire an 7, elle a enfreint le principe consacré par plusieurs lois romaines, qu'un propriétaire ne peut, sans son propre fait et sans son consentement personnel, être dépouillé de sa propriété.

« Des quatre moyens de cassation qui vous sont proposés (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 1er brumaire an 13), le quatrième est le seul qui mérite une discussion sérieuse.

» Le premier, en effet, nous paraît devoir être rejeté, non pas précisément parceque l'art. 3 du tit. 6 de l'ordonnance de 1667 ne défend pas de cumuler le jugement du déclinatoire avec le jugement du principal (car la prohibition de ce cumul résulte assez des premiers termes de l'article cité, et c'est ainsi que l'ont formellement déclaré des lettres-patentes sur arrêt du 7 mars 1718, portant cassation de plusieurs arrêts du parlement de Toulouse), mais parceque, dans le fait, les demandeurs, en ne plaidant devant la cour d'appel, que sur le fond, ont suffisamment manifesté leur intention de renoncer au déclinatoire qu'ils avaient proposé en première instance.

» Le second moyen nous paraît également devoir être rejeté par le même motif.

» Et quant au troisième, il tombe, pour ainsi dire, de lui-même à la vue du jugement du tribunal correctionnel de Roanne, et de l'arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Loire, qui ont rejeté les deux plaintes par lesquelles Grandjard avait conclu, entre autres choses, à la nullité de la vente dont il s'agit, pour cause de dol et de fraude; et qui les a rejetées, l'une, sur le fondement que les faits articulés par Grandjard, étaient détruits par la procédure, par les dépositions des témoins, et par les titres les plus formels; l'autre, parcequ'elle était à la fois *calomnieuse* et *inconséquente*.

» Reste donc le quatrième moyen qui vous présente à résoudre deux questions, l'une de fait, l'autre de droit.

» La question de fait est celle-ci : la femme Grandjard était-elle autorisée par la procuration du 6 pluviose an 3, à acquérir tant pour elle-même que pour son mari. — Et, en cas que cette question soit résolue à la négative, nous aurons à examiner si, dans le droit, les sieurs Guichelet et Jantet peuvent lui opposer ce défaut d'autorisation, et en conclure qu'elle n'a réellement acquis que pour le compte de son époux.

» Sur la première question, il faut convenir que la cour d'appel de Lyon aurait très bien pu, sans violer ouvertement la lettre ni l'esprit de l'acte du 6 pluviose an 3, juger que, par cet acte, Grandjard avait donné pouvoir à sa femme d'acquérir pour elle-même, en même temps que pour lui.

» Mais on doit convenir aussi, tel est du moins le résultat de nos méditations sur cet acte, que la cour d'appel de Lyon n'a fait, en jugeant le contraire, qu'un usage légitime du droit qu'elle avait d'apprécier des clauses douteuses, et de les interpréter suivant sa conscience.

» La cour d'appel de Lyon a considéré l'ensemble, et s'il est permis de le dire, le génie de la procuration du 6 pluviose an 3; et tout en y voyant que, pour vendre, emprunter, fournir aux acquéreurs et aux prêteurs, les sûretés convenables, Grandjard avait autorisé sa femme à stipuler tant pour elle que pour lui, elle y a vu en même temps que, pour acquérir, la femme Grandjard n'était autorisée qu'à stipuler au nom de son mari. — Or, pour justifier cette manière de voir, il suffit de lire la procuration d'un bout à l'autre.

» Grandjard, en constituant sa femme sa procuratrice générale, « l'autorise à l'effet de stipuler en son nom personnel dans tous les cas, dans toutes les négociations, gestions, administrations et affaires dans lesquelles elle agira, en vertu des pouvoirs qui vont être exprimés, avec solidité entre eux;... et *à laquelle il donne pouvoir de pour lui et en son nom, acquérir de toutes personnes*, soit par composition et de gré à gré, soit etc....., toutes espèces de biens immeubles, réels et fictifs ».

» Grandjard autorise sa femme, « à vendre, céder, ou autrement aliéner *les biens du constituant et de ladite procuratrice.....*, à obliger le constituant, *avec elle procuratrice constituée, conjointement et solidairement*, le tout à l'exécution des ventes, traités, accords et à toutes garanties, ainsi qu'au paiement du prix des acquisitions, en capitaux et intérêts....., faire échange, permutations....., faire tous emprunts....., obliger le constituant *conjointement et solidairement avec sadite femme procuratrice*, au paiement et restitution des sommes empruntées...., obliger le constituant, *sous la même solidarité avec la procuratrice constituée.....*, faire toutes lettres de change, etc. »

» Vous remarquerez, messieurs, une différence bien frappante entre les clauses de cette procuration. Lorsqu'il s'agit d'acquérir, la femme doit traiter pour son mari, *pour lui et en son nom*; voilà à quoi se bornent son Mandat, son autorisation. — Lorsqu'il s'agit de vendre, d'emprunter, de s'engager, elle peut le faire tant au nom de son

Source : BIU Cujas

mari qu'en son nom personnel, *conjointement et solidairement avec la procuratrice constituée.*

» Si Grandjard eût voulu associer sa femme à ses acquisitions, s'il eût voulu qu'elle pût devenir propriétaire, il l'aurait exprimé; il l'aurait autorisée à acquérir pour elle comme pour lui, de même qu'il l'autorisait à emprunter, à vendre, et s'obliger tant pour lui que pour elle *procuratrice.* — Pourquoi en effet une pareille distinction, si elle n'eût pas été dans la volonté de Grandjard? — Il voulait bien que sa femme s'obligeât solidairement avec lui pour le paiement, mais il ne voulait point qu'elle participât personnellement aux acquisitions qu'elle ferait pour lui et en son nom. C'est lui-même qui a établi cette différence.

» Inutile d'objecter que, par la première clause de la procuration, Grandjard autorise sa femme *à stipuler en son nom personnel, dans tous les cas et dans toutes les négociations, gestions, administrations et affaires dans lesquelles elle agira, en vertu des pouvoirs qui vont être exprimés, avec solidarité entre eux.*

« [L'objection est réfutée à l'avance, par ces mots, *en vertu des pouvoirs qui vont être exprimés.* La femme est sans doute autorisée à stipuler en son nom propre, mais dans quelles affaires? dans celles-là seules où elle paraîtra en vertu des pouvoirs que l'acte va déterminer. L'autorisation se réfère donc aux pouvoirs; c'est donc par l'étendue des pouvoirs que l'on doit juger de l'étendue de l'autorisation. Or, les pouvoirs jusqu'où s'étendent-ils? indéfiniment pour engager son mari, pour s'engager elle-même, pour vendre, transiger, emprunter. Mais est-il question d'acquérir? ce ne sont plus des expressions indéfinies, ce sont des expressions limitatives qu'on emploie. C'est pour le mari seul que la femme peut acheter: elle peut bien figurer comme sa caution; mais comme acquéreur personnellement, elle ne le peut pas.

» Au surplus, messieurs, tout ce qu'on peut dire à cet égard de plus favorable aux demandeurs, c'est que le sens de la procuration est douteux. Mais par cela seul qu'il est douteux, la cour d'appel a pu, sans violer aucune loi, adopter l'interprétation qui lui a paru la plus vraisemblable, comme la plus conforme à l'équité; et son arrêt est nécessairement, de ce chef, à l'abri de la cassation.

» Le point de fait ainsi fixé, venons à la question de droit. Dès que la femme Grandjard n'était pas autorisée à acquérir pour elle-même, quel a dû être l'effet de la déclaration qu'elle a faite dans le contrat du 17 vendémiaire an 4, d'acquérir pour elle comme pour son mari?

» Au premier abord, il semblerait que le défaut d'autorisation n'eût pas pu l'empêcher de devenir, par cette déclaration, propriétaire de la moitié des biens qu'elle acquérait. Car, par son contrat de mariage, du 25 février 1767, elle ne s'était pas constitué en dot tous ses biens à venir; conséquemment les biens qu'elle acquérait pendant le mariage, lui tenaient, de plein droit, lieu de biens paraphernaux; et vous savez, qu'aux termes des lois romaines, la femme n'a pas besoin de l'autorisation de son mari, soit pour acquérir des biens paraphernaux, soit pour les administrer, soit même pour les aliéner.

» A la vérité, quelques auteurs ont avancé que dans les pays de droit écrit, qui ressortissaient au parlement de Paris, l'usage avait, à cet égard, prévalu sur les lois romaines. Mais ils se sont évidemment trompés..... (*V. Paraphernal*, §. 3, n. 6.)

» Ainsi, nul doute que, dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, comme dans tous les autres, ceux de Bresse et du ressort du parlement de Pau exceptés, la femme n'ait pu, avant la publication du Code civil, acquérir des paraphernaux sans l'autorisation de son mari.

» Cela posé, il paraît à la première vue, que la femme Grandjard a pu, quoique non autorisée *ad hoc* par son mari, acquérir pour son propre compte la moitié des biens dont il est ici question; puisqu'elle était née, puisqu'elle s'était mariée, puisqu'elle était domiciliée dans le ci-devant Forez, et que par conséquent son état, sa capacité de contracter et d'acquérir étaient en tous points réglés par les lois romaines, lois auxquelles, encore une fois, l'usage de cette contrée n'avait nullement dérogé en ce qui concernait les biens paraphernaux.

» Et après tout, quand nous supposerions que pour acquérir en son nom personnel, la femme Grandjard avait besoin d'une autorisation spéciale, que résulterait-il de ce que, sans cette autorisation, elle eût acquis pour son propre compte, en même temps que pour le compte de son mari?

» Remarquons bien qu'elle n'a pas acquis solidairement pour son mari et pour elle, mais purement et simplement pour elle et pour son mari. — « Le cit. Deschamp audit nom (porte le contrat d'acquisition du 17 vendémiaire an 4) cède et transporte *audit cit. Grandjard et sa femme*, acquéreurs, pour eux, leurs héritiers et ayans cause..... ». — Ainsi, par ce contrat, Grandjard n'a acquis que la moitié des biens qui en sont l'objet; et très certainement la prétendue incapacité de sa femme d'acquérir pour elle-même, n'aurait pas pu le rendre propriétaire de la moitié qu'elle a de fait acquise en son propre nom. En supposant cette incapacité, les vendeurs auraient bien une action pour faire annuller la vente jusqu'à la concurrence de la moitié des objets qui y sont compris; mais cette moitié n'aurait pas pour cela accru au mari; elle serait toujours demeurée de fait dans le patrimoine de la femme, et le mari n'aurait eu aucun titre pour la vendre aux sieurs Guichelet et Jantet.

» Voilà, nous le répétons, les premières idées qui se présentent à l'esprit sur les questions de droit.

» Mais ne perdons pas de vue que la femme

Source : BIU Cujas

Grandjard était procuratrice générale de son mari à l'effet d'acquérir *pour lui et en son nom*, et qu'elle a accepté la procuration que son mari lui avait donnée. — Dès-lors, a-t-elle pu, au lieu d'acquérir en totalité pour son mari, acquérir en partie pour elle-même ?

» Elle l'aurait pu, nous n'en devons pas douter, si elle eût acquis autrement qu'en vertu de la procuration de son mari. Dans ce cas, en effet, elle aurait acquis *jure suo*, et son acquisition aurait formé pour elle un bien paraphernal.

» Mais ce n'est pas *jure suo* qu'elle a acquis. Elle n'a acquis, et le contrat du 17 vendémiaire an 4 en fait foi, que comme *autorisée de son mari par la procuration* du 6 pluviose an 3 ; et c'est si bien en vertu de cette procuration qu'elle a traité avec les vendeurs, qu'elle a obligé son mari au paiement, non de la moitié du prix seulement, mais de la totalité. *Cette vente*, porte le contrat, *est faite sous les charges, clauses et conditions suivantes, auxquelles ladite Grandjard èsdits noms s'oblige* ET OBLIGE SON MARI CONJOINTEMENT ET SOLIDAIREMENT.

» Or, un mandataire qui s'est obligé d'acquérir pour le compte de son commettant, peut-il acquérir et acquiert-il réellement pour son compte personnel? Distinguons.

» Si l'objet à acquérir est déterminé par la procuration, le mandataire ne peut pas l'acheter pour lui-même ; et si, de fait, il l'achète en son propre nom, il est obligé de le restituer à son commettant. C'est la disposition expresse de la loi 8, §. 10, *mandati*, au Digeste. *Si tibi mandavi ut hominem (certum putà Stichum*, note de Godefroi), *emeres eumque emisti, teneberis mihi ut restituas.*

» Si la procuration ne détermine pas l'objet à acquérir, le mandataire peut sans difficulté faire en son nom telle acquisition qu'il lui plaît ; mais il y a à cette règle générale une exception qui est commandée par les principes éternels de la justice : c'est que si, en acquérant en son nom et pour son compte, il oblige son commettant au paiement du prix, il n'acquiert pas réellement pour lui-même, il n'acquiert que pour son commettant : pourquoi ? Parceque, tout en paraissant agir en son propre nom, il n'agit dans la vérité que comme mandataire, et qu'en agissant comme mandataire, il ne peut rien garder pour son compte personnel de ce qu'il a acquis en vertu de son Mandat : *ex Mandato* (dit la loi 20, *Mandati*, au Digeste), *apud eum qui Mandatum suscepit, nihil remanere debet.*

» Grandjard a donc contre sa femme une action pour la contraindre à lui restituer la portion qu'elle a acquise pour elle-même, en vertu de la procuration dont il l'avait chargée.

» Si donc la femme Grandjard agissait contre son mari en revendication de cette partie de biens, son mari la ferait incontestablement déclarer non recevable.

» Or, ce que Grandjard pourrait faire, pourquoi les sieurs Guichellet et Jantet ne le pourraient-ils pas comme lui ? Le droit qui appartient à Grandjard, pourquoi les sieurs Guichellet et Jantet ne pourraient-ils pas l'exercer? L'exception par laquelle Grandjard pourrait repousser sa femme, pourquoi les sieurs Guichellet et Jantet ne pourraient-ils pas l'opposer à celle-ci ?

» Si Grandjard était de bonne foi dans cette affaire, il conclurait contre sa femme à ce qu'elle fût condamnée à le garantir et indemniser pour moitié, de l'action des sieurs Guichellet et Jantet, tendante à les faire jouir de l'entier effet du contrat par lequel il leur a revendu les biens qu'elle avait acquis pour elle et pour lui ; et la femme y serait infailliblement condamnée en effet — La femme est donc évidemment ici dans le cas de la maxime, *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.* Car peu importe que Grandjard ne prenne pas contre elle des conclusions en garantie et indemnité ; peu importe qu'il ne réclame pas contre elle la restitution des objets qu'elle s'est appropriés, en les achetant comme sa procuratrice. Ce qu'il ne fait pas, les sieurs Guichellet et Jantet peuvent le faire en son lieu et place, parceque tout débiteur peut exercer les droits de son créancier, parcequ'il n'est jamais permis à un créancier de renoncer à ses droits au préjudice et en fraude de ses débiteurs.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs ».

Arrêt du 1er brumaire an 13, au rapport de M. Génevois, qui, — « Attendu que les mariés Grandjard sont non recevables à proposer pour moyens de cassation la prétendue contravention aux art. 1 et 3 tit. 6 de l'ordonnance de 1667, par la raison qu'en instance d'appel, il n'ont proposé aucune de ces exceptions ; — Attendu que la cour d'appel n'a contrevenu à aucune loi, en décidant que les mariés Grandjard étaient non recevables à proposer par la voie civile, les mêmes moyens de dol, de fraude et de surprise, qu'ils avaient fait juger par la voie criminelle ; — Attendu enfin que par la procuration du 6 pluviose an 3, Ennemond Grandjard n'avait point donné à sa femme le Mandat d'acheter pour elle, mais uniquement *pour lui*, et que Pierrette Durand ayant ensuite acheté, *en vertu de cette procuration*, par l'acte de vente du 17 vendémiaire an 4, n'a pu acquérir aucun droit personnel sur les immeubles vendus par cet acte ; d'où il suit qu'Ennemond Grandjard, son mari, a pu disposer de la totalité des objets compris dans cette vente, comme lui appartenans exclusivement ; — Rejette le pourvoi.... »]]

§. IV. *Des obligations du mandant et de l'action que le mandataire a contre lui.*

I. L'action qui résulte du contrat de Mandat en faveur du mandataire, est appelée *actio Mandati contraria*, action contraire. Elle tend à ce que le mandataire soit remboursé des dépenses qu'il a faites, [[à ce que les salaires qui lui ont été promis,

Source : BIU Cujas

lui soient payés, à ce qu'il soit indemnisé des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable]], et à ce qu'il soit déchargé des obligations qu'il a contractées pour l'exécution du Mandat. [[*Code Napoléon, art.* 1999.]]

Le mandataire est le plus souvent fondé à exercer son action contre le mandant, aussitôt qu'il a déboursé des deniers ou qu'il a contracté des obligations pour l'exécution du Mandat.

Observez néanmoins que si le principal objet du Mandat était que le mandataire se cautionnât pour le mandant, il ne pourrait régulièrement exercer l'action *Mandati contraria*, qu'après avoir payé, ou que le créancier aurait dirigé des poursuites contre lui pour cet effet. *V. Caution.*

[[Du reste, le mandataire ne peut répéter, que ce qu'il prouve avoir déboursé. Point de preuve, point d'action : voilà la règle.

Mais si le mandant s'était engagé de lui rembourser toutes ses avances, sur le simple état qu'il en rapporterait, il serait par cela seul dispensé de présenter des pièces justificatives des emplois. C'est ce qui a été jugé au parlement de Paris par un arrêt dont voici l'espèce.

Le sieur Meunier, l'un des marchands fréquentant les rivières de la Saône et du Doubs, à Lyon, jouissait d'une honnête aisance et d'un commerce bien monté; lorsque sa communauté, prête à succomber sous le poids d'une infinité de concussions, le choisit comme la personne la plus intelligente de son corps, pour le revêtir des fonctions de syndic, avec le pouvoir le plus étendu de suivre toutes les affaires qu'elle se proposait d'entamer, et de défendre à toutes les demandes qui allaient fondre sur elle. — Il y sacrifia près de quinze années, avec une patience et une intelligence qui ont vaincu tous les obstacles, et procuré à sa communauté des bénéfices et des avantages infiniment précieux. Il suivit une foule de procès à la sénéchaussée et au consulat de Lyon, dans différentes juridictions des provinces de Bourgogne et de Dombes, et à Paris, devant le conseil du roi, le parlement, le grand conseil, la cour des aides, et la commission établie pour la suppression des péages. Le résultat de cette longue suite de travaux et de peines, fut le succès le plus complet dans toutes ces affaires. — Mais aux bienfaits succéda l'ingratitude. Le moment vint de régler les comptes de recette et de dépense du sieur Meunier; et alors on lui suscita des chicanes. Le sieur Meunier ne put parvenir à se faire rendre justice, et il mourut au moment où la contestation étant portée au parlement de Paris, il touchait à celui du succès. — Son héritière, la dame Regnault, poursuivit le jugement définitif contre les héritiers d'une partie des membres de la communauté, qui avaient contracté envers son père des engagemens solidaires, dont le résultat formait pour elle une créance de plus de 60 mille liv. — Ceux-ci prétendaient que tout article du compte du sieur Meunier, qui n'était pas appuyé sur des pièces justificatives, devait être rayé; qu'en vain les délibérations de sa communauté l'avaient dispensé de cette obligation; que cette dispense était contraire à l'essence du Mandat, et offensait les bonnes mœurs. — Mais on répondait : « La première de toutes les lois est de respecter les engagemens qu'on a contractés, et sur-tout des engagemens qui ont eu pour base une confiance et une bonne-foi respectives : *Pacta sunt religiosè servanda.* Les contrats sont de droit étroit, de droit rigoureux, à plus forte raison les obligations du mandant envers le mandataire qui veut bien se charger d'une gestion difficile et compliquée. — Or, le texte des délibérations énonce que *les mandans s'en rapportent à la bonne-foi du sieur Meunier, qui est autorisé à faire les avances et les déboursés convenables, desquels il sera remboursé à sa première réquisition sur le simple état qu'il en rapportera, et à emprunter les sommes nécessaires pour le soutien des procès, avec l'obligation de le rembourser suivant les actes et états qu'il en rapportera, de lui certifiés véritables, sans qu'il ait besoin d'aucunes pièces justificatives des emplois qu'il aura faits, s'en rapportant entièrement à sa bonne-foi.* Qu'est-ce qu'une pareille convention présente d'illicite ? Rien assurément. Rien n'empêche donc qu'elle ne soit exécutée. D'ailleurs, lorsqu'il s'agit d'objets dont la plus grande partie n'est pas susceptible d'être justifiée par pièces ou par quittances, attendu l'impossibilité d'en exiger, ou par rapport à l'objet en lui-même, ou par rapport aux personnes à qui l'on est obligé de compter telle ou telle somme dont elles ne veulent pas qu'il subsiste des traces; alors on ne peut pas soumettre le mandataire à en rapporter, et, à ce défaut, lui faire supporter en pure perte les dépenses non justifiées; car ce serait vouloir le forcer à l'impossible, ou le réduire à la nécessité de trahir les intérêts qui lui sont confiés, en n'y apportant point les soins et la vigilance qui peuvent seuls les faire prospérer ». — Sur ces raisons, arrêt le 4 septembre 1783, au rapport de M. l'abbé Farjonnel, qui juge que les délibérations doivent être exécutées, en conséquence confirme la sentence du consulat de Lyon pour les articles qu'elle avait adjugés; l'infirme pour une grande partie de ceux qu'elle avait refusé d'allouer; et condamne solidairement à tous les dépens de cette immense contestation, les adversaires de la dame Regnault.]]

II. Ce serait en vain que, pour se défendre de l'action *Mandati contraria*, le mandant offrirait d'abandonner au mandataire tout le produit de l'affaire qui a fait l'objet du Mandat : de telles offres devraient être rejetées, conformément à la loi 12, §. 9, D. *Mandati.*

[[En vain aussi le mandant opposerait-il au mandataire la non réussite de l'affaire dont il l'a chargé. L'art. 1999 du Code Napoléon décide que, « s'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire le rembour-

Source : BIU Cujas

sement et paiement (dont il vient d'être parlé), lors même que l'affaire n'aurait pas réussi ».

Le même article porte que le mandant ne peut pas non plus « faire réduire le montant des frais et avances, sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres ».

L'art. 2001 ajoute que « l'intérêt des avances faites par le mandataire, lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées ».]]

III. Pour que le mandant soit dans l'obligation d'indemniser le mandataire de sa gestion, [[et d'exécuter les engagemens contractés en son nom par celui-ci]], il faut que celui-ci se soit exactement renfermé dans les bornes du Mandat : c'est ce qui résulte de la loi 5, D. *mandati*, [[et de l'art. 1998 du Code Napoléon.]]

Il importe par conséquent de savoir quand le mandataire doit être réputé n'avoir point excédé les bornes du Mandat, et quand on doit décider qu'il les a excédées.

Il est évident que le mandataire doit être considéré comme s'étant renfermé dans les bornes du Mandat, non seulement lorsqu'il a fait la chose dont il a été chargé aux conditions prescrites par le Mandat, mais encore lorsqu'il l'a faite à des conditions meilleures.

Le mandataire est pareillement censé n'être pas sorti des bornes du Mandat, lorsqu'il a fait la chose sans que le mandant lui ait prescrit aucune condition dont il se soit écarté. Ainsi, dans le cas où je vous chargerais d'acheter la maison de votre voisin, sans déterminer le prix que je voudrais y mettre, vous pourriez l'acquérir à quelque prix que ce fût; et je ne serais pas fondé à prétendre que vous êtes sorti des bornes du Mandat, à moins toutefois qu'il n'y eût une disproportion considérable entre le prix et la valeur réelle de la maison, attendu que la condition de ne pas excéder le juste prix, est toujours sous-entendue dans le Mandat d'acheter.

Quand le mandataire a fait la chose portée par le Mandat, mais à des conditions plus onéreuses que celles qui lui ont été prescrites, il est clair qu'il ne s'est pas renfermé dans les bornes du Mandat : c'est pourquoi le mandant a la liberté d'accepter ou de rejeter ce qu'a fait le mandataire : s'il prend ce dernier parti, il se trouve déchargé de toute obligation envers le mandataire.

On demande si, dans le cas où le mandataire a excédé dans l'achat d'une chose le prix fixé par le Mandat, il peut forcer le mandant à prendre cette chose, en offrant de perdre ce qu'elle a coûté au-delà de ce prix ? L'équité veut que le mandataire soit admis à faire ces offres, attendu qu'elles ne font aucun préjudice au mandant.

Par la même raison, si je vous ai chargé de vendre ma maison pour douze mille livres, et que vous l'ayez laissée pour dix mille livres, vous pourrez m'obliger à tenir le marché, en m'offrant les deux mille livres qui manquent au prix fixé par le Mandat.

Lorsque le mandataire a fait une autre affaire que celle qui était portée par le Mandat, il est évident qu'il est sorti des bornes du Mandat; et que le mandant ne peut être obligé, qu'autant qu'il aura jugé à propos de ratifier, [[soit expressément, soit tacitement]], ce qui aura été fait par le mandataire. [[*Code Napoléon, art.* 1998.]]

Cette décision doit avoir lieu dans le cas même où l'affaire faite par le mandataire, serait plus avantageuse au mandant que celle qui est portée par le Mandat. Supposez, par exemple, que vous m'ayez chargé d'acheter la maison d'Alexandre pour douze mille livres, et que j'aie acheté pour dix mille livres la maison voisine, qui est plus belle et mieux bâtie, vous n'êtes pas obligé d'accepter le marché, parceque j'ai fait une chose différente de celle dont vos m'aviez chargé.

Quand la chose énoncée au Mandat, peut se faire également de plusieurs manières différentes, le mandataire n'est pas censé être sorti des bornes qui lui étaient prescrites, quoiqu'il ait fait la chose d'une manière différente de celle qu'indiquait le Mandat. C'est ainsi, par exemple, que si le créancier que vous m'avez chargé de payer, me reçoit pour débiteur en votre lieu et place, j'aurai contre vous la même action que si j'avais fait un paiement réel. — La raison en est que votre objet a été d'éteindre la dette que vous aviez contractée envers votre créancier, et que vous n'avez nul intérêt à ce que cette extinction se soit faite par un paiement réel, plutôt que par la substitution d'un autre débiteur à votre place.

Le mandataire n'est pas non plus censé être sorti des bornes qui lui étaient prescrites, lorsqu'il n'a exécuté le Mandat qu'en partie, à moins toutefois qu'il ne paraisse que l'intention du mandant a été que le Mandat fût exécuté en entier.

Par exemple, si vous m'avez chargé d'acheter pour vous dix setiers de blé, et que je n'en aie acheté que cinq, vous serez obligé de m'indemniser pour la partie du Mandat que j'aurai exécutée. Mais si vous m'avez donné commission d'acheter une *telle maison avec le jardin qui en dépend*, et que je n'aie acheté que le jardin, vous serez fondé à désavouer l'achat que j'aurai fait en votre nom, parceque votre intention était de jouir de ces deux choses en même temps.

Si le mandataire a fait l'affaire énoncée au Mandat, et quelque chose au-delà, il est censé avoir excédé les bornes qui lui étaient prescrites, mais seulement pour le surplus de ce que porte le Mandat; et ce n'est que relativement à ce surplus, que le mandant n'a point contracté d'obligation. [[*Code Napoléon, art.* 1998.]]

Le mandataire est censé avoir excédé les bornes qui lui étaient prescrites, lorsqu'il a fait faire par une autre personne, la chose que le mandant l'avait chargé de faire lui-même.

Mais si le Mandat ne permet ni ne défend expressément au mandataire de faire faire la chose par un autre, est-il censé le dispenser d'agir lui-même,

Source : BIU Cujas

en faisant agir quelque autre ? Il paraît que, pour décider cette question, il faut considérer la nature de l'affaire. — Si elle est telle qu'elle ne doive être traitée que par un homme qui ait une certaine capacité ou de certaines connaissances, il est constant qu'il n'y a que celui que le mandant a désigné, qui puisse la traiter valablement. Ainsi, dans le cas où j'aurais chargé un architecte de veiller à la construction d'une maison, il excéderait les bornes du Mandat, s'il commettait ce soin à une autre personne. — Mais s'il s'agissait d'une commission qui n'exigeât aucun talent, comme d'acheter des choses qui ont un prix fixe et connu, le mandant est censé avoir laissé au mandataire la liberté de faire exécuter le Mandat par telle personne qu'il jugerait à propos.

Lorsque le mandataire est chargé d'agir conjointement avec une autre personne, et qu'il agit seul, il est censé excéder les bornes qui lui sont prescrites, et par conséquent il n'oblige pas le mandant.

[[IV. « Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du Mandat ». C'est la disposition de l'art. 2002 du Code Napoléon.]]

§. V. *Des différentes manières dont le Mandat finit.*

Le Mandat peut se terminer de plusieurs manières.

I. Il finit par la mort du mandataire, attendu que la confiance que le mandant avait dans la personne du défunt, ne passe point aux héritiers.

Cependant si le mandataire avait, de son vivant, commencé d'exécuter le Mandat, ses héritiers seraient tenus, non seulement de rendre compte de ce qui aurait été fait, mais encore de terminer ce que le défunt aurait commencé; et le mandant serait obligé de rembourser les frais faits, tant par le mandataire que par ses héritiers. Par exemple, j'ai chargé Alexandre de m'acheter un carrosse à Paris, et de me l'envoyer à Lyon : si, après avoir acheté ce carrosse, et avant de me l'avoir envoyé, Alexandre vient à mourir, ses héritiers seront tenus de me faire cet envoi; et je serai obligé de mon côté à leur rembourser, tant les frais d'achat que ceux d'envoi.

[[« En cas de mort du mandataire, (porte l'art. 2010 du Code Napoléon), ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci ».]]

La mort naturelle ou civile du mandant termine le Mandat, lorsqu'elle a lieu avant que le mandataire ait rempli sa commission. [[*Code Napoléon, art.* 2003.]]

Cependant si le mandataire, ignorant la mort du mandant, avait exécuté de bonne foi le Mandat, les héritiers du défunt seraient tenus de rembourser au mandataire les frais, et de ratifier ce qu'il aurait fait. [[*Code Napoléon, art.* 2008.]]

Observez d'ailleurs, que s'il s'agissait d'une affaire qui ne pût point être retardée sans un dommage évident, le mandataire qui s'en serait chargé, serait obligé de la faire, quand même il aurait été informé de la mort du mandant. Par exemple, si vous vous étiez chargé de faire la vendange de votre ami, et que vous apprissiez sa mort au moment même où les vendanges sont ouvertes dans le pays, et sans qu'il vous fût possible d'avertir à temps ses héritiers, il est certain que vous ne pourriez pas vous dispenser d'exécuter le Mandat.

[[« Le mandataire (porte l'art. 1991 du Code Napoléon), est tenu... d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril à la demeure ».

En 1791, le sieur Dolle laisse entre les mains d'un avoué de Paris, une procuration en blanc pour gérer ses affaires pendant son absence. — Le blanc de cette procuration est rempli du nom du sieur Gauthier, qui, en l'an 4, s'en sert pour transiger avec le sieur Dulac sur une créance prétendue contre lui par le sieur Dolle, et qui était depuis quelque temps le sujet d'une contestation portée en justice. Par cette transaction, il donne quittance au sieur Dulac, moyennant 26,000 francs en papier-monnaie, payés par celui-ci. — Dans l'intervalle de 1791 à l'an 4, le sieur Dolle avait été inscrit sur la liste des émigrés. — Rayé de cette liste en l'an 7, par un arrêté du directoire exécutif, il prend une inscription hypothécaire sur un immeuble appartenant au sieur Dulac, pour sûreté de sa créance, qu'il croit exister encore. — Le sieur Dulac se pourvoit en main-levée, et se prévaut de la transaction de l'an 4. — Le sieur Dolle répond, entre autres choses, que la transaction a été révoquée par la mort civile dont il a été frappé du moment où il a été inscrit sur la liste des émigrés. — Le 10 thermidor an 12, jugement du tribunal de première instance d'Uzès, qui déclare le sieur Dulac valablement libéré, et ordonne la radiation de l'inscription hypothécaire. — Le sieur Dolle appelle de ce jugement; un arrêt de la cour de Nîmes, du 19 thermidor an 13, le confirme. — Recours en cassation; et par arrêt du 2 septembre 1807, au rapport de M. Cassaigne, « attendu que les émigrés ne peuvent exciper de la mort civile dont ils ont été frappés, pour faire annuller les actes par eux faits ou par leurs fondés de pouvoir, pendant la durée de cet état; la cour rejette..... ».

On aurait pu motiver ce rejet sur un autre principe : c'est que le sieur Dolle était censé, d'après sa radiation prononcée en l'an 7, n'avoir jamais émigré, et par conséquent n'avoir pas encouru la mort civile. *V. Émigration, §. 6.*]]

III. Le Mandat finit par le changement d'état du mandant, de même que par sa mort [[naturelle ou civile]]. Tel est le cas où le mandant vient à être interdit pour cause de démence ou de prodigalité. Il est alors sous l'inspection d'un curateur, sans lequel il est incapable d'agir; c'est pourquoi le

Source : BIU Cujas

mandataire ne peut plus exécuter le Mandat que la procuration n'ait été renouvelée par le curateur. [[*Code Napoléon, art.* 2003.]]

La même règle doit avoir lieu à l'égard d'une femme qui, depuis le Mandat qu'elle a donné, a passé sous la puissance d'un mari.

[[Le Code Napoléon porte, art. 2003, que le Mandat finit aussi « par la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire ».]]

Au reste, il faut admettre, dans le cas de changement d'état du mandant, les exceptions que nous avons dit devoir être admises lorsqu'il vient à mourir, et que sa mort est ignorée du mandataire, ou qu'il s'agit d'une affaire urgente. — [[*Code Napoléon, art.* 2008. *V.* l'arrêt de la cour de cassation du 15 février 1808, rapporté au mot *Opposition* (*tierce*), §. 1, art. 2.]]

IV. Lorsque le pouvoir en vertu duquel le mandant avait commis le mandataire vient à cesser, le Mandat n'a plus lieu. C'est ainsi, par exemple, que quand une tutelle est finie, le Mandat que le tuteur avait donné à quelqu'un pour recevoir ce qui était dû à son mineur, ne peut plus avoir d'effet. La raison en est sensible : le mandataire ne tenant son pouvoir que du tuteur, il n'a plus le droit de faire ce que le mandant ne pourrait pas faire valablement lui-même.

V. Le Mandat s'éteint par la révocation que peut en faire le mandant.

[[Suivant l'art. 2004 du Code Napoléon, « le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing-privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute ».]]

Il n'est pas toujours nécessaire que la révocation du Mandat soit expresse : il suffit qu'on puisse la présumer par certains faits, pour qu'il soit éteint. Ainsi, quand, après vous avoir chargé d'une affaire, je juge à propos d'en charger une autre personne, je suis censé avoir révoqué le Mandat que je vous avais donné en premier lieu. — [[Mais la révocation n'a d'effet à votre égard, qu'à compter du jour où la constitution de mon nouveau mandataire vous a été notifiée. C'est la décision expresse de l'art. 2006 du Code Napoléon.]]

Les faits qui sont de nature à détruire la confiance que le mandant avait dans le mandataire, tel qu'un jugement infamant pour cause de vol par lui commis, font aussi facilement présumer la révocation tacite du Mandat.

Au reste, pour que le Mandat soit éteint, il faut que l'acte qui le révoque, ou les faits qui font présumer la révocation, soient censés parvenus à la connaissance du mandataire : autrement, ce que celui-ci a pu faire avant d'avoir connu la révocation, oblige le mandant. [[*Code Napoléon, art.* 2006 *et* 2008.]]

Observez que si les choses n'étaient plus entières, et que le mandataire eût commencé sa gestion lorsqu'il a été instruit de la révocation du Mandat, il pourrait, quoique révoqué, faire ce qui serait une suite nécessaire de ce qu'il aurait commencé, et il obligerait à cet égard le mandant.

Observez aussi que, quoique le mandataire qui est instruit que sa procuration est révoquée, ne puisse plus obliger envers lui le mandant, il peut néanmoins obliger ce mandant envers des tiers, en leur représentant la procuration. En ce cas, le mandant peut exercer un recours contre le mandataire pour en être indemnisé. — Il suit de cette décision, que si les débiteurs du mandant venaient à délivrer leurs deniers au mandataire qui leur aurait représenté la procuration du mandant, leurs paiemens seraient valables, à moins que la révocation du Mandat ne leur eût été notifiée.

[[C'est la disposition expresse du Code Napoléon, art. 2005 et 2009.

VI. Le Mandat finit aussi par la renonciation du mandataire.

Car, aux termes de l'art. 2007 du Code Napoléon, qui n'est à cet égard que l'écho des lois romaines, « le mandataire peut renoncer au Mandat, en notifiant au mandant sa renonciation. — Néanmoins (continue le même article), si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le Mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable ».

Les cas où le mandataire peut renoncer au Mandat, sans être tenu d'aucune indemnité envers le mandant, sont]]

1° Celui de maladie. On conçoit en effet que quand le mandataire s'est chargé du Mandat, il a entendu ne s'en charger qu'autant que sa santé lui permettrait d'agir. Ainsi, la maladie qui lui est survenue, est un cas fortuit dont il ne doit pas être garant.

2° Lorsque depuis le contrat il est survenu entre les parties une inimitié capitale, le mandataire est dispensé d'exécuter le Mandat. La raison en est, que le service que le mandataire s'est obligé de rendre au mandant, en acceptant le Mandat, étant par sa nature un acte d'amitié, l'inimitié survenue doit faire finir le Mandat, attendu qu'il n'est pas dans l'ordre qu'un ennemi puisse exiger de son ennemi un acte d'amitié.

Au reste, comme les lois ne parlent que d'une inimitié capitale, il faut en conclure qu'une dispute légère, un différend de peu de conséquence, qui se serait élevé entre les parties depuis le Mandat, ne suffirait pas pour décharger le mandataire de son obligation.

3° Le dérangement des affaires du mandant, survenu depuis le contrat, est aussi un motif suffisant pour dispenser le mandataire d'exécuter un Mandat au sujet duquel il y a des deniers à avancer, à moins toutefois que le mandant n'offre de lui remettre ces deniers.

Source : BIU Cujas

La raison de cette décision est fondée sur ce qu'il ne serait pas juste que le mandataire fût exposé à perdre ses avances.

4° Les différentes sortes d'empêchemens légitimes qui peuvent survenir depuis le contrat, sont pareillement des motifs suffisans pour dispenser le mandataire d'exécuter son obligation. Supposez, par exemple, qu'étant à Londres, où je m'étais proposé de séjourner six mois, je me sois chargé d'y faire pour vous une commission, et qu'un événement imprévu m'ait forcé de revenir en France avant que j'aie pu satisfaire à cette obligation, il est évident que mon retour est un empêchement qui doit me dispenser d'exécuter un Mandat pour lequel il fallait ma présence à Londres.

Observez au surplus que le mandataire ne doit être dispensé de son obligation, qu'à la charge d'avertir le mandant, afin que celui-ci prenne ses mesures pour faire exécuter le Mandat par quelqu'autre personne. (M. Guyot.) *

[[§. VI. *De quelques espèces particulières de Mandats en matière de commerce.*

Il se forme tous les jours des contrats de Mandat entre les commerçans, d'une part, les agens de change, les courtiers et les commissionnaires, de l'autre.

Les articles *Agent de change*, *Commissionnaire et Courtier* ayant été imprimés avant la publication du Code de commerce, il devient nécessaire de placer ici les dispositions de ce Code, qui sont relatives aux mandataires connus sous ces trois noms. Voici dans quels termes elles sont conçues :

« Liv. 1, tit. 5, sect. 2. *Des Agens de change et Courtiers.* Art. 74. La loi reconnaît, pour les actes de commerce, des agens intermédiaires, savoir, les agens de change et les courtiers.

» 75. Il y en a dans toutes les villes qui ont une bourse de commerce. — Ils sont nommés par l'Empereur.

» 76. Les agens de change, constitués de la manière prescrite par la loi, ont seuls le droit de faire les négociations des effets publics et autres susceptibles d'être cotés ; de faire pour le compte d'autrui les négociations des lettres de change ou billets, et de tous papiers commerçables, et d'en constater le cours. — Les agens de change pourront faire, concurremment avec les courtiers de marchandises, les négociations et le courtage des ventes ou achats des matières métalliques. Il ont seuls le droit d'en constater le cours.

» 77. Il y a des courtiers de marchandises, — Des courtiers d'assurances, — Des courtiers interprètes et conducteurs de navires, — Des courtiers de transport par terre et par eau.

» 78. Les courtiers de marchandises, constitués de la manière prescrite par la loi, ont seuls le droit de faire le courtage des marchandises, d'en constater le cours ; ils exercent, concurremment avec les agens de change, le courtage des matières métalliques.

» 79. Les courtiers d'assurances rédigent les contrats ou polices d'assurances concurremment avec les notaires ; ils en attestent la vérité par leur signature, certifient le taux des primes pour tous les voyages de mer ou de rivière.

» 80. Les courtiers interprètes et conducteurs de navires font le courtage des affrètemens : ils ont, en outre, seuls le droit de traduire, en cas de contestations portées devant les tribunaux, les déclarations, chartes-parties, connaissemens, contrats, et tous actes de commerce dont la traduction serait nécessaire ; enfin de constater le cours du frêt ou du nolis. — Dans les affaires contentieuses de commerce, et pour le service des douanes, ils serviront seuls de truchement à tous étrangers, maîtres de navire, marchands, équipages de vaisseau et autres personnes de mer.

» 81. Le même individu peut, si l'acte du gouvernement qui l'institue l'y autorise, cumuler les fonctions d'agent de change, de courtier de marchandises ou d'assurances, et de courtier interprète et conducteur de navires.

» 82. Les courtiers de transport par terre et par eau, constitués selon la loi, ont seuls, dans les lieux où ils sont établis, le droit de faire le courtage des transports par terre et par eau ; ils ne peuvent cumuler, dans aucun cas et sous aucun prétexte, les fonctions de courtiers de marchandises, d'assurances, ou de courtiers conducteurs de navires, désignées aux art. 78, 79 et 80.

» 83. Ceux qui ont fait faillite, ne peuvent être agens de change ni courtiers, s'ils n'ont été réhabilités.

» 84. Les agens de change et courtiers sont tenus d'avoir un livre revêtu des formes prescrites par l'art. 11.... (*V. Livre de commerce.*)

» 85. Un agent de change ou courtier ne peut, dans aucun cas et sous aucun prétexte, faire des opérations de commerce ou de banque pour son compte. — Il ne peut s'intéresser directement ni indirectement sous son nom, ou sous un nom interposé, dans aucune entreprise commerciale. — Il ne peut recevoir ni payer pour le compte de ses commettans.

» 86. Il ne peut se rendre garant de l'exécution des marchés dans lesquels il s'entremet.

» 87. Toute contravention aux dispositions énoncées dans les deux articles précédens, entraîne la peine de destitution, et une condamnation d'amende qui sera prononcée par le tribunal de police correctionnelle, et qui ne peut être au-dessus de 3000 francs, sans préjudice de l'action des parties en dommages et intérêts.

» 88. Tout agent de change ou courtier destitué en vertu de l'article précédent, ne peut être réintégré dans ses fonctions.

» 89. En cas de faillite, tout agent de change ou courtier est poursuivi comme banqueroutier.

» 90. Il sera pourvu par des règlemens d'admi-

Source : BIU Cujas

nistration publique, à tout ce qui est relatif à la négociation et transmission de propriété des effets publics.

» Tit. 6. *Des Commissionnaires.* Sect. 1. *Des Commissionnaires en général.* Art. 91. Le commissionnaire est celui qui agit, en son propre nom, ou sous un nom social, pour le compte d'un commettant.

» 92. Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant, sont déterminés par le Code Napoléon, liv. 3, tit. 13.

» 93. Tout commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui expédiées d'une autre place, pour être vendues pour le compte d'un commettant, a privilège, pour le remboursement de ses avances, intérêts et frais, sur la valeur des marchandises, si elles sont à sa disposition, dans ses magasins, ou dans un dépôt public, ou si avant qu'elles soient arrivées, il peut constater par un connaissement ou par une lettre de voiture, l'expédition qui lui en a été faite.

» 94. Si les marchandises ont été vendues et livrées pour le compte du commettant, le commissionnaire se rembourse, sur le produit de la vente, du montant de ses avances, intérêts et frais, par préférence aux créanciers du commettant.

» 95. Tous prêts, avances ou paiemens qui pourraient être faits sur des marchandises déposées ou consignées par un individu résidant dans le lieu du domicile du commissionnaire, ne donnent privilège au commissionnaire ou dépositaire qu'autant qu'il s'est conformé aux dispositions prescrites par le Code Napoléon, liv. 3, tit. 17, pour les prêts sur gages ou nantissemens.

» Sect. 2. *Des Commissionnaires pour les transports par terre et par eau.* Art. 96. Le commissionnaire qui se charge d'un transport par terre ou par eau, est tenu d'inscrire sur son livre-journal la déclaration de la nature et de la quantité des marchandises, et, s'il en est requis, de leur valeur.

» 97. Il est garant de l'arrivée des marchandises et effets dans le délai déterminé par la lettre de voiture, hors les cas de la force majeure légalement constatée.

» 98. Il est garant des avaries, ou pertes de marchandises et effets, s'il n'y a stipulation contraire dans la lettre de voiture, ou force majeure.

» 99. Il est garant des faits du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse les marchandises.

» 100. La marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur, voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient, sauf son recours contre le commissionnaire et le voiturier chargés du transport ».

V. Lettre de Voiture, Entremetteur, Procuration, Procureur et Proxenète.]]

[[MANDAT D'AMENER. C'est un acte par lequel un officier de police judiciaire enjoint au prévenu d'un crime ou d'un délit de comparaître, soit devant lui, soit devant un autre officier de la même qualité. *V.* le Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, art. 56 et suivans, *Magistrat de sûreté* et *Mandat d'arrêt.*]]

[[MANDAT D'ARRET. C'est l'acte par lequel un officier de police judiciaire, après avoir interrogé un prévenu d'un crime ou d'un délit correctionnel, qui ne s'est pas disculpé, ordonne de le conduire dans la maison d'arrêt de l'arrondissement où a été commis, soit le délit, soit le crime. *V.* le Code du 3 brumaire an 4, art. 70, 71, 73 et suivans : la loi du 18 pluviose an 9, art. 15, *Arrestation, Maison d'arrêt, Maison de justice, Directeur du jury, Magistrat de sûreté* et *Forfaiture.*]]

[[MANDAT DE COMPARUTION. Le Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4 appelait ainsi, avant qu'il y eût été dérogé à cet égard par la loi du 18 pluviose an 9, l'acte par lequel le juge de paix devant qui avait été traduite en vertu d'un Mandat d'amener, une personne prévenue d'un délit de nature à n'être puni que d'une amende au-dessus de la valeur de trois journées de travail, et qui ne s'était pas disculpée, ordonnait à cette personne de comparaître à jour fixe devant le directeur du jury d'accusation de l'arrondissement où le délit avait été commis. *V.* l'art. 69 de ce Code.]]

[[MANDAT DE DÉPOT. La loi du 18 pluviose an 9 porte, art. 7, que le magistrat de sûreté devant lequel aura été conduit un prévenu de crime ou délit, qui ne se sera pas disculpé, « décernera un Mandat de dépôt, en vertu duquel le prévenu sera reçu et gardé dans la maison d'arrêt établie près le tribunal d'arrondissement. Il en avertira, (ajoute cet article), dans les vingt-quatre heures, le directeur du jury, lequel prendra communication de l'affaire, et sera tenu d'y procéder dans le plus court délai ».

Avant cette loi, le Mandat de dépôt était, comme on l'a vu au mot *Forfaiture*, interdit aux officiers de police judiciaire.

V. Directeur du jury et *Magistrat de sûreté.*]]

[[MANDAT TERRITORIAL. On a ainsi appelé un papier-monnaie qui a été créé par la loi du 28 ventose an 4, pour remplacer les assignats, et qu'a supprimé la loi du 16 pluviose an 5. *V. Papier-Monnaie.*]]

* MANDEMENT. C'est un ordre par écrit et rendu public de la part d'une personne qui a autorité et juridiction ; c'est une ordonnance d'un juge, d'un supérieur, etc.

Une déclaration du 30 juillet 1710, enregistrée le 21 août suivant, porte que les Mandemens des archevêques, évêques, ou leurs vicaires généraux, qui seront purement de police extérieure ecclésiastique, comme les sonneries générales, stations de jubilé, processions et prières pour les nécessités publiques, actions de graces et autres semblables sujets, tant pour les jours et heures, que pour la manière de les faire, seront exécutés par toutes

Source : BIU Cujas

les églises et communautés ecclésiastiques, séculières et régulières, exemptes et non exemptes, sans préjudice de l'exemption de celles qui se prétendent exemptes en autre chose. — [[Il n'y a plus d'église qui soit exempte de la juridiction épiscopale. *V.* l'art. 10 de la loi du 18 germinal an 10.]]

Mandement signifie aussi la lettre, le billet qu'on donne à quelqu'un portant ordre à un receveur ou fermier de payer quelque somme. *V. Délégation* et *Ordre*.

[[MANDEMENT D'EXÉCUTION. *V. Exécution parée.*]]

MANGEURS. *V. Cardes-manneurs.*

[[MANIFESTE. C'est l'état du chargement d'un navire de commerce.

Le tit. 2 de la loi du 4 germinal an 2 contient à cet égard les dispositions suivantes :

« *Art.* 1. Aucune marchandise ne sera importée par mer, soit d'un port étranger, soit d'un port français, sans un Manifeste signé du capitaine, qui exprimera la nature de la cargaison avec les marques et numéros, en toutes lettres, des caisses, balles, barils, boucauds, etc.

» 2. Si le Manifeste n'est pas exhibé, si quelques marchandises n'y sont pas comprises, ou s'il y a différence entre les marchandises et le Manifeste, le capitaine sera personnellement condamné à une somme égale à la valeur des marchandises omises ou différentes, et à une amende de 1,000 livres.

» 3. Le capitaine, arrivé dans les quatre lieues de la côte, remettra, lorsqu'il en sera requis, une copie du Manifeste au préposé qui viendra à son bord et qui en visitera l'original.

» 4. Trois jours après l'arrivée du bâtiment, l'armateur ou consignataire donnera par écrit et signera l'état des marchandises qui lui appartiennent ou qui lui seront consignées, en spécifiant les marques, nombre et contenu des balles, caisses, etc., les quantités et qualités, avec évaluation des objets sur lesquels le droit est perceptible à la valeur ».

L'art. 38 de la loi du 27 vendémiaire an 2 veut que « le Manifeste général des cargaisons (soit) signé et déposé par les capitaines, dans les vingt-quatre heures de l'arrivée et avant le départ, distinctement et outre les déclarations à faire par les consignataires et parties intéressées à la cargaison, pour acquitter les droits ».

V. Déclaration aux bureaux des douanes.]]

MANOIR. Terme employé dans les coutumes pour signifier maison, demeure.

Rien n'est si commun dans les coutumes du bailliage d'Hesdin et de la sénéchaussée de Sain-Pol, locales de celle d'Artois, que les dénominations de *Manoirs amasés* ou *non amasés*, *d'anciens* et de *nouveaux Manoirs*. Ces termes ne présentent d'eux-mêmes qu'un sens obscur; il faut les définir.

On appelle *Manoir amasé*, un héritage sur lequel il y a des bâtimens; et *Manoir non amasé*, celui qui est entouré de murailles, de haies ou de fossés sans contenir aucun bâtiment.

On entend par *anciens Manoirs*, ceux qui d'*ancienneté*, comme parlent les coutumes dont il s'agit, sont ou bâtis ou clos; et par *nouveaux Manoirs*, ceux qui ne sont ni l'un ni l'autre depuis un aussi long espace de temps.

Ce qu'il y a de particulier dans ces sortes d'héritages, quand ils sont tenus en cotterie, c'est-à-dire, en censive, c'est que les coutumes citées les déférent, en certaines circonstances, à l'aîné des héritiers mâles, et au défaut des mâles, à l'aînée des femelles.

Nous disons *en certaines circonstances*, car le droit d'aînesse n'affecte les Manoirs que lorsqu'ils sont *anciens*; et encore cette qualité n'est-elle pour cela d'aucun effet dans la coutume du bailliage d'Hesdin, si elle n'est ou si elle n'a été autrefois jointe à celle d'*amasé*.

Ceci s'éclaircira par le texte même des lois municipales dont nous parlons. Voici ce que porte celle du bailliage d'Hesdin, — « Art. 32. Tous Manoirs cottiers qui d'ancienneté ont été ou sont amasés, faisant front sur rue ou flégard, et tout ce qui est appendant auxdits Manoirs, comme baillé par un même cens, par forme de contrabout (que l'on dit terre de lieu), sont indivisibles et non partables, et succèdent à l'aîné fils, et en défaut de fils, à l'aînée fille de la côte et ligne dont ils procèdent, sans aucune charge de quint, sauf que les terres labourables, jardins et prés non amasés d'ancienneté, qui ont été baillés en arrentement, conjointement avec anciens Manoirs, ou bien sans anciens Manoirs, sont partables également entre cohéritiers, ne soit que lesdites parties soient baillées nommément en arrentement pour être tennes en fief ou tenir nature de fief. — 33. Tous Manoirs amasés nouvellement et de mémoire d'homme, prés et terres champêtres, sont partables entre les héritiers des trépassés auxquels lesdits Manoirs et terres ont appartenu de la côte et ligne dont iceux Manoirs, prés et terres cottiers sont procédés. — 37. Semblablement en la succession collatérale, les Manoirs cottiers qui d'ancienneté ont été amasés ou sont amasés d'ancienneté, faisant front sur rue, sont indivisibles et succèdent à un seul héritier de la côte et ligne dont ils sont procedés au trépassé, en la sorte et manière que font les fiefs et nobles tenemens ».

On lit dans la coutume de la sénéchaussée de Saint-Pol, — « Tit. 4, art. 5: Quand aucun va de vie à trépas, jouissant d'un ou plusieurs anciens Manoirs cottiers, amasés ou non, délaissant plusieurs enfans, à l'aîne mâle, et en défaut de mâle, à l'aînée femelle appartiennent tous lesdits Manoirs, sans que lesdits puînés y puissent aucune chose demander, si n'est ès granges, maréchaussées et bois croissans réputés catteux.... (*V. Catteux* et *Maréchaussée*). — 7. Quand aucun va de vie à trépas, et ne délaisse que frère et sœur, à l'aîné mâle, et en faute de mâle, à l'aînée femelle, si avant

Source : BIU Cujas

qu'ils soient de même ventre, appartiennent les fiefs et anciens Manoirs que le décédant délaisserait sans charge de quint ni autre portion, lors ès catteux qui sont partables ».

Le principe de l'impartabilité des Manoirs anciens a encore porté les rédacteurs de la même coutume à leur appliquer la règle observée en Artois pour les fiefs, de donner au mari seul tous les biens de cette nature qui sont acquis en communauté. C'est la disposition expresse de l'art. 8 du titre cité : « Par ladite coutume, quand deux personnes sont conjointes par mariage, et constant icelui mariage, ils font aucuns acquêts d'héritages féodaux et anciens Manoirs cottiers, et le mari va de vie à trépas paravant sa femme, lesdits héritages féodaux et anciens Manoirs cottiers succèdent aux héritiers du côté du mari, sans que ladite femme y puisse demander quelque droit de douaire ; et si ladite femme termine vie paravant son mari, les héritiers d'elle n'y ont aussi aucun droit, ainçois demeure le tout au mari, pour lui et ses hoirs tenans la côte et ligne, ne soit que, par convention, fût en traitant de leur mariage, ou en faisant ladite acquisition, ou prenant saisine, y ait dérogé. Bien entendu toutefois que les catteux, blancs bois et maréchaussées étant sur lesdits anciens Manoirs, se répartissent entre le survivant et l'héritier du premier décédé ». *V. Communauté*, §. 6.

Le droit d'aînesse s'exerce avec plus d'étendue sur les Manoirs cottiers que sur les fiefs ; car on verra à l'article *Quint naturel*, que les puînés en ligne directe ont droit tous ensemble à la cinquième partie des biens féodaux qui se trouvent dans une succession régie par la coutume générale d'Artois ; et l'on vient de voir que les Manoirs anciens appartiennent à l'aîné *sans aucune charge de quint*, (ce sont les termes de la coutume d'Hesdin) et *sans que les puînés y puissent aucune chose demander* (ce sont ceux de la coutume de Saint-Pol.)

Combien faut-il de temps pour qu'un Manoir soit réputé ancien ? Voici ce que répond l'art. 6 du tit. 4 de la coutume de Saint-Pol : « Tous Manoirs, prés et jardins, amasés et non amasés, sont réputés anciens Manoirs quand ils ont été à tel usage l'espace de quarante ans continuels et ensuivant l'un l'autre ».

Lorsqu'un héritage est clos, on n'examine pas, dans la coutume que nous venons de citer, à quel usage il est consacré : soit qu'on le laboure, soit que l'on en fasse un jardin ou un pré, il est toujours susceptible de l'application des règles concernant les Manoirs. « Sur ce principe (dit Maillart), un arrêt du 5 juin 1705, rendu au rapport de M. Goeslard, à la première, en confirmant la sentence du conseil provincial d'Artois, datée du 28 avril 1704, a adjugé à l'aîné un Manoir régi par la coutume de Saint-Pol, quoiqu'il fût labouré depuis un temps immémorial, et cela parcequ'il était clos depuis très long-temps ».

Doit-on réputer Manoirs tous les héritages qui sont clos indistinctement ? Il y a des endroits où l'on entoure de haies toutes les terres qui se trouvent en pleine campagne : quelquefois aussi un propriétaire fait creuser des fossés autour de son champ, pour faciliter l'écoulement des eaux qui l'inondent dans les temps pluvieux. Ces terres, ce champ, auront-ils en succession le sort des Manoirs, et suivront-ils la loi de l'impartabilité ? — L'affirmative ne souffrirait aucun doute, si l'on s'attachait strictement à la définition que nous avons donnée ci-dessus du Manoir non amasé ; mais la coutume d'Hesdin nous apprend à modifier cette définition. On se rappelle que, parlant à l'art. 52 des *Manoirs, qui, d'ancienneté ont été ou sont amasés*, elle ajoute ces paroles restrictives, *faisant front sur rue ou flégard* ; on ne peut donc, suivant l'esprit de cette loi, regarder comme Manoirs non amasés, que les enclos placés le long d'une rue ou d'un flégard, et faisant en quelque sorte partie de l'enceinte de la ville ou du village de leur situation ; ou, pour dire la même chose en d'autres termes, les enclos qui, par leur emplacement, paraissent propres à bâtir.

V. Ducange au mot *Manerium*, et Maillart, sur les art. 14 et 147 de la coutume d'Artois.

[[L'art. 1 de la loi du 8 avril 1791 a rendu sans objet, en abolissant le droit d'aînesse dans les biens non féodaux, la distinction que faisaient les coutumes dont on vient de parler, entre les Manoirs amasés et les Manoirs non amasés, et entre les anciens et les nouveaux Manoirs. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Féodalité*, §. 3.]]

* MANUFACTURE. Fabrication de certains ouvrages qui se font à la main.

I. Les manufacturiers font valoir les productions de la terre, en les accommodant aux usages de la société. Un état peut subsister sans commerce ; mais sans Manufactures, il ne peut être florissant. Les Manufactures, en procurant à tous les sujets de l'Etat du travail et des subsistances, en augmentent considérablement les forces. C'est le meilleur moyen d'étendre la population et de faire prospérer l'agriculture. La fertilité des terres, l'abondance de leurs productions, ne sont qu'un faible avantage pour un État, sans le secours des Manufactures.

[[II. L'ancien gouvernement monarchique, dans la vue d'encourager les établissemens de Manufactures, avait accordé divers privilèges tant aux entrepreneurs de ces établissemens qu'aux ouvriers qui y travaillaient. Il avait aussi fait un grand nombre de règlemens pour en déterminer la police, pour assurer de la bonté de leurs travaux, et pour les tenir en état, soit de surpasser les Manufactures étrangères, soit au moins de rivaliser avec elles. — Tels furent les objets du règlement des Manufactures de lainage, du mois d'août 1669, de la déclaration du 19 mai 1704, de l'édit du mois d'août de la même année, portant création d'inspecteurs de manufactures, des lettres-patentes du 5 mai 1779, de celles des 4 et 28 juin, 29 juillet, 1er août 1780, et 28 juillet 1783 ; des arrêts du

Source : BIU Cujas

conseil des 22 octobre 1697, 20 novembre 1708, 15 janvier 1732, 5 mars 1779, 28 janvier 1780, 12 mars 1781, 15 février et 4 septembre 1783, 15 janvier et 14 mars 1784, etc.

Mais tous ces privilèges furent abolis par les lois du 4 août 1789; tous ces règlemens tombèrent avec les jurandes. (*V. Corps d'arts et et métiers.*)

L'absence de ces règlemens amena bientôt une anarchie complète. Mais un nouveau gouvernement s'éleva, et l'ordre fut rétabli. *V.* la loi du 22 germinal an 11, dont il est parlé à l'article *Chambre consultative de Manufactures, fabriques, arts et métiers;* la loi du 18 mars 1806, rapportée aux mots *Conseil de prud'hommes;* et le décret impérial du 21 septembre 1807, concernant la fabrication des draps destinés au commerce du Levant.

III. Il est des lieux où il ne peut pas être établi de nouvelles manufactures sans la permission du gouvernement : ce sont ceux qui, hors des villes, se trouvent compris dans la ligne des douanes. *V.* l'art. 41 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791, et l'art. 74 de la loi du 30 avril 1806.

IV. La loi du 21 ventose an 11 porte, art. 1, que « le déplacement des fabriques et Manufactures qui se trouveront dans la ligne des douanes, pourra être ordonné, lorsqu'elles auront favorisé la contrebande, et que le fait sera constaté par un jugement rendu par les tribunaux compétens ». L'art. 2 ajoute qu'il sera accordé, pour effectuer le déplacement, un délai qui ne pourra être de moins d'un an.]]

V. On a vu à l'article *Balancier*, que différentes lois avaient interdit à toutes sortes de personnes, autres que les directeurs des monnaies, l'usage des presses, balanciers, moutons, laminoirs, coupoirs et autres semblables machines : mais le roi a jugé que, s'il était dangereux de permettre indifféremment à tous ses sujets l'usage de ces machines, il ne l'était pas moins de priver les entrepreneurs de Manufactures et les artistes, des avantages qu'elles offrent à leur industrie : en conséquence, sa majesté voulant les favoriser, et concilier ses intérêts avec les précautions nécessaires pour prévenir les abus qu'on pourrait faire des machines dont il s'agit, a rempli ces objets par des lettres-patentes du 28 juillet 1783, qui contiennent les dispositions suivantes :

« *Art.* 1. A compter du jour de la date de ces présentes, il sera libre à tous entrepreneurs de Manufactures, ainsi qu'aux orfèvres, horlogers, graveurs, fourbisseurs et autres ouvriers qui travaillent et emploient les métaux, d'avoir chez eux les presses, moutons, laminoirs, balanciers et coupoirs qui leur seront nécessaires, à la charge par eux d'en obtenir la permission, soit de notre cour des monnaies, soit des officiers des sièges de monnaies établis dans nos différentes provinces.

» 2. Ceux qui désireront obtenir les permissions exigées par l'article précédent, seront tenus de faire élection de domicile, et de joindre à leurs requêtes les plans figurés et l'état des dimensions de chacune desdites machines dont ils se proposeront de faire usage; ils y joindront pareillement des certificats des officiers municipaux ou syndics des villes, bourgs ou villages dans lesquels seront établis leurs ateliers ou Manufactures, lesquels certificats attesteront l'existence de leurs établissemens, et le besoin qu'ils pourront avoir de faire usage desdites machines. Voulons qu'il ne puisse être expédié aucune permission de cette nature en faveur de ceux qui ne produiront pas lesdits plans, états et certificats; et que celle desdites permissions qui n'en feront pas mention, soient regardées comme nulles et non avenues.

» 3. Enjoignons aux substituts de notre procureur général en la cour des monnaies, d'envoyer audit sieur procureur général, ainsi qu'au sieur contrôleur général de nos finances, dans les mois de janvier et juillet de chaque année, un état sur papier ordinaire, certifié par le général provincial ou l'un des juges-gardes, de toutes les permissions de cette nature qui auront été accordées pendant le cours de chaque semestre : lequel état contiendra les noms, qualités, demeures et professions de ceux qui les auront obtenues, et le genre des machines qui en seront l'objet : enjoignons pareillement au greffier en chef de notredite cour, de remettre auxdits sieurs contrôleur général de nos finances et procureur général en notredite cour, aux mêmes époques et dans la même forme, un état de lui certifié, des permissions qui seront émanées directement de notredite cour.

» 4. Ceux qui auront obtenu la permission d'avoir chez eux une ou plusieurs de ces machines, seront tenus de les placer dans les endroits de leurs ateliers les plus apparens, et sur la rue autant que faire se pourra : nous leur défendons d'en faire usage avant cinq heures du matin et après neuf heures du soir; et leur enjoignons de les tenir enfermées dans des endroits fermant à clefs pendant tout le temps où ils ne s'en serviront pas.

» 5. Ceux qui ayant obtenu lesdites permissions, négligeraient de se conformer à ce qui leur est prescrit par l'article précédent, en seront déchus, et ne pourront plus à l'avenir en obtenir de pareilles : voulons que dans le cas où il serait prouvé qu'ils eussent employé celles de ces machines dont ils auraient été autorisés à faire usage, à tout autre travail qu'à celui qu'ils auraient annoncé par leur requête, il leur soit fait défenses de s'en servir, et qu'ils soient contraints de les déposer au greffe du siège des monnaies le plus voisin.

» 6. Voulons qu'il soit procédé extraordinairement contre tous ceux qui, ayant obtenu la permission de faire usage desdites machines, les emploieraient à fabriquer des médailles, des jetons, ou des espèces d'or, d'argent, de billon ou de cuivre, soit au coin de nos armes, soit à celui d'aucun prince souverain, et qu'ils soient punis comme faux-monnayeurs : voulons aussi qu'il en soit usé

Source : BIU Cujas

de même à l'égard de ceux chez lesquels il se trouverait quelques carrés, poinçons ou autres instrumens propres à la fabrication desdites monnaies, médailles ou jetons, et que les maîtres soient personnellement responsables de tous les abus de cette nature, dont leurs ouvriers ou compagnons se rendraient coupables en leur absence comme en leur présence.

» 7. Défendons à tous graveurs, serruriers, forgerons, fondeurs et autres ouvriers, de fabriquer aucune desdites machines pour ceux qui ne leur justifieraient pas en avoir obtenu la permission; à l'effet de quoi, ils exigeront qu'elle leur soit laissée jusqu'au moment où ils livreront lesdites machines, afin d'être en état de la représenter en cas de visite : voulons que, faute par eux de se conformer aux dispositions du présent article, ils soient condamnés en 1,000 liv. d'amende et confiscation des ouvrages pour la première fois, et à de plus grandes peines en cas de récidive.

» 8. Enjoignons, tant à ceux qui emploient ou emploieront par la suite lesdites machines, qu'aux ouvriers qui les fabriquent, de se soumettre aux visites que les commissaires de notre cour des monnaies, les officiers des sièges de son ressort, leurs délégués ou préposés jugeront à propos de faire chez eux, à l'effet de vérifier s'ils ne contreviennent point aux dispositions de ces présentes, et ce sous peine de désobéissance, et d'y être contraints par toutes les voies prescrites par les ordonnances en pareil cas.

» 9. N'entendons par ces présentes dispenser ceux qui seraient déjà en possession de quelques machines de la nature de celles qu'elles ont pour objet, de remplir les formalités que nous avons prescrites pour obtenir la permission de continuer à en faire usage : voulons que dans le cas où ils négligeraient de s'y conformer dans le délai de deux mois, à compter du jour de l'enregistrement de ces présentes, il soit procédé contre eux extraordinairement, et qu'il en soit usé de même à l'égard de tous ceux qui auraient chez eux ou emploieraient à l'avenir lesdites machines, sans en avoir obtenu la permission; voulons qu'elle ne puisse être accordée aux ouvriers et artistes auxquels les ordonnances et règlemens permettent de s'établir dans les lieux privilégiés, qu'à la charge par eux de se soumettre aux visites des officiers de notre cour des monnaies et des sièges de son ressort, conformément aux dispositions de l'art. 8.

» 10. Avons dérogé et dérogeons à tous édits, déclarations, lettres-patentes et règlemens dont les dispositions seraient contraires à ces présentes, et notamment à nos édits des mois de juin 1696 et février 1726, lesquels seront au surplus exécutés selon leur forme et teneur, en ce qui n'y est pas dérogé ».

Ces lettres-patentes ont été enregistrées à la cour des monnaies le 13 août de la même année, « à la charge (porte l'arrêt d'enregistrement), que les impétrans qui ne voudront plus faire usage des machines dont il s'agit, ou ceux en la possession desquels elles se trouveront après le décès des impétrans, seront tenus d'en faire leur déclaration dans le délai d'un mois, au greffe de la cour ou des sièges des monnaies dont ils dépendront, et qu'ils ne pourront, dans aucun cas, les céder ni vendre, sinon à ceux qui auront obtenu la permission de s'en servir ». (M. Guyot.) *

[[Pour raccorder ces dispositions avec la nouvelle organisation des pouvoirs publics, le gouvernement a pris, le 3 germinal an 9, un arrêté ainsi conçu :

« *Art.* 1. Les dispositions des lettres-patentes du 28 juillet 1783, qui obligent les entrepreneurs de Manufactures, orfèvres, horlogers, graveurs, fourbisseurs, et autres artistes et ouvriers qui font usage de presses, moutons, laminoirs, balanciers et coupoirs, à en obtenir la permission, seront exécutées selon leur forme et teneur.

» 2. Cette permission sera délivrée, savoir, dans la ville de Paris, par le préfet de police; dans les villes de Bordeaux, Lyon et Marseille, par les commissaires généraux de police; et dans toutes les autres communes de la république, par les maires de l'arrondissement.

» 3. Ceux qui voudront obtenir lesdites permissions, seront tenus de faire élection de domicile, de joindre à leur demande les plans figurés et l'état des dimensions de chacune desdites machines dont ils se proposeront de faire usage. Ils y joindront pareillement des certificats des officiers municipaux des lieux dans lesquels sont situés leurs ateliers ou Manufactures, lesquels certificats attesteront l'existence de leurs établissemens, et les besoins qu'ils pourront avoir de faire usage desdites machines.

» 4. Aucuns graveurs, serruriers, forgerons, fondeurs et autres ouvriers, ne pourront fabriquer aucune desdites machines pour tout individu qui ne justifierait pas de ladite permission; ils exigeront qu'elle leur soit laissée jusqu'au moment où ils livreront lesdites machines, afin d'être en état de la représenter, lorsqu'ils en seront requis par l'autorité publique, sous les peines portées par lesdites lettres-patentes.

» 5. Ceux qui ont actuellement en leur possession des machines de la nature de celles ci-dessus, seront tenus d'en faire la déclaration dans le délai de deux mois, à compter de la publication du présent arrêté, aux préfet et commissaires de police, et d'obtenir la permission de continuer à en faire usage, sous les peines portées par lesdites lettres-patentes ».

On voit que cet arrêté ne déroge en rien aux dispositions de l'art. 6 des lettres-patentes du 28 juillet 1783; aussi sont-elles renouvelées par le décret impérial du 24 avril 1808 : après avoir réglé, art. 1, que « les balanciers adoptés pour la fabrication des monnaies de l'Empire, ne pourront être confectionnés que dans l'hôtel des monnaies à Paris, et sous la surveillance de l'administration des

Source : BIU Cujas

monnaies », ce décret ajoute, art. 2 : « il est défendu à tous artistes d'établir de pareils balanciers, sous peine d'être poursuivis et jugés d'après les lois rendues contre les faux-monnayeurs ».

V. Monnaie, Médailles, Marchand, Tribunal de commerce, Verrerie, Moulin, etc.]]

MANUMISSION. *V. Affranchissement.*

* MAQUERELLAGE. C'est le crime que commettent ceux qui font métier de débaucher et de prostituer des femmes ou des filles.

I. Le crime est plus ou moins grave selon les circonstances qui l'accompagnent, et la qualité des personnes qui s'entremettent pour en prostituer d'autres, et de celles que l'on veut prostituer. Si l'on s'entremet pour prostituer une femme de basse condition, le crime est moins grave que s'il s'agissait d'une femme distinguée par sa naissance. Mais la servante qui prostitue sa maîtresse, le mari qui prostitue sa femme, le frère qui prostitue sa sœur, sont beaucoup plus coupables que ceux qui ne s'entremettent que pour prostituer des filles ou des femmes avec lesquelles ils n'ont aucun rapport de parenté ou d'alliance.

Chez les Romains, la loi dernière, C. *de spectaculis*, voulait que le Maquerellage fût puni du bannissement ou de la condamnation aux mines, lorsqu'il s'agissait de la prostitution de personnes de basse condition; et de confiscation de corps et de biens, lorsque les personnes prostituées étaient de condition honnête.

Le droit des novelles prononça la peine de mort contre le Maquerellage.

Par une ordonnance de l'an 1532, rendue pour les Etats de l'Empire d'Allemagne, Charles-Quint voulut que ceux qui seraient coupables de Maquerellage, ou qui loueraient sciemment leurs maisons pour favoriser ce crime, fussent punis du bannissement ou du carcan, de l'amputation des oreilles, du fouet ou de quelque autre peine semblable, selon l'exigence des cas.

En France, la peine du crime de Maquerellage a toujours été arbitraire et relative à la qualité des parties et aux circonstances du fait. Fontanon rapporte une ordonnance donnée par saint Louis en décembre 1254, suivant laquelle ce crime doit être puni extraordinairement, eu égard aux circonstances et à la qualité des parties.

Par une autre ordonnance du 18 septembre 1367, le prévôt de Paris défendit à toutes sortes de personnes de l'un et de l'autre sexe, de livrer ou administrer des femmes *pour faire péché de leur corps*, à peine du pilori, d'être marquées d'un fer chaud, et d'être chassées de la ville.

Suivant les art. 3 et 4 du tit. 25 de la coutume de Bayonne, les Maquerelles doivent, pour la première fois, être fustigées et bannies à perpétuité, et en cas de récidive, condamnées à mort.

La jurisprudence actuelle est de condamner ceux qui sont coupables de Maquerellage simple, sans circonstances aggravantes, au fouet, à la marque et au bannissement, après qu'on les a promenés sur un âne, le visage tourné vers la queue, avec un chapeau de paille sur la tête, et des écriteaux portant ces mots : *Maquereau public* ou *Maquerelle publique*. C'est ainsi que, par arrêt du 7 juillet 1750, le parlement de Paris a condamné Jeanne Moion, veuve Le Sur, à être promenée sur un âne, le visage tourné vers la queue avec un chapeau de paille sur la tête, et des écriteaux devant et derrière portant ces mots : *Maquerelle publique*, ensuite à être fouettée, flétrie et bannie pour cinq ans.

Par un autre arrêt du 7 janvier 1756, la même cour a prononcé la même punition contre Thérèse Legrand, convaincue d'avoir fait un commerce de débauche et de prostitution publique dans sa maison.

Le Maquerellage se punit d'une manière singulière à Toulouse. On y condamne les femmes coupables de ce crime, à être plongées à trois reprises différentes dans la Garonne, par l'exécuteur de la haute justice, et à être ensuite enfermées à l'hôpital le reste de leurs jours.

Quand le Maquerellage est accompagné de circonstances qui l'aggravent, on le punit plus sévérement que le Maquerellage simple. Par exemple, plusieurs prétendent que la servante qui sert de maquerelle à sa maîtresse, doit être punie de mort: mais il y a lieu de croire que cette peine ne serait pas prononcée en cas pareil parmi nous; elle est trop rigoureuse, et sans proportion avec le délit.

On prétend aussi que les pères et les mères qui prostituent leurs filles, doivent être punis de peines emportant mort civile, comme les galères ou le bannissement à perpétuité.

Le mari qui prostitue sa femme, doit être puni d'une pareille peine, à moins que quelques circonstances particulières ne déterminent les juges à en prononcer une moindre.

La même règle doit avoir lieu à l'égard de ceux qui séduisent par artifice quelque jeune fille de famille pour la prostituer et en tirer de l'argent, surtout lorsqu'il paraît qu'une telle fille s'est abandonnée sans connaître, pour ainsi dire, le crime auquel elle a été engagée. (M. Guyot.) *

[[II La loi du 22 juillet 1791, sur la police correctionnelle, porte, tit. 2, art. 8, que « ceux qui seraient prévenus d'avoir.... favorisé la débauche, ou corrompu des jeunes gens de l'un ou de l'autre sexe, pourront être saisis sur-le-champ, et conduits devant le juge de paix, lequel est autorisé à les faire retenir jusqu'à la prochaine audience de la police correctionnelle ».

L'art. 9 ajoute que, « si le délit est prouvé, les coupables seront condamnés selon la gravité des faits, à une amende de 50 à 500 liv... — Quant aux personnes (continue le même article), qui auront favorisé la débauche, ou corrompu des jeunes gens de l'un ou l'autre sexe, elles seront, outre l'amende, condamnées à une année de prison ».

Source : BIU Cujas

L'art. 10 veut que ces peines soient « doubles en cas de récidive ».

V. Adultère, Bordel, Prostitution, Récidive, et *Viol.*]]

* MARAIS. On appelle ainsi des terres abreuvées de beaucoup d'eau, qui n'ont point d'écoulement.

[[§. I. *Lois et règlemens de l'ancien régime sur le dessèchement et le mode de jouissance des Marais.*]]

L'utilité qui résulte du dessèchement des Marais pour les rendre propres à l'agriculture, a déterminé le gouvernement à favoriser les entreprises de cette nature, par la concession de différens privilèges. Il fut ordonné par un édit du mois de janvier 1607, que les Marais dépendans du domaine, seraient desséchés, pour en jouir par les entrepreneurs et par ceux qui seraient à leurs droits, noblement en fief et en toute justice; et cependant il fut permis à chacun des entrepreneurs et associés de disposer de sa part et de la mettre en censive et roture, si bon lui semblait. — [[Mais cette loi est restée sans exécution. *V.* ci-après, §. 6.]]

Par arrêt du 26 août 1768, le conseil a fait un règlement pour l'administration des Marais communaux de la province d'Artois. En voici les dispositions.

« *Art.* 1. La règle des fruits et revenus des Marais et biens communaux de ladite province d'Artois, continuera d'être faite par les maïeurs, échevins et gens de loi de chaque communauté.

» 2. La quantité de tourbes nécessaires pour le chauffage des habitans desdites communautés, ainsi que la longueur et l'épaisseur desdites tourbes, seront à l'avenir réglées et fixées chaque année par les gens de loi de chaque communauté, en présence de l'inspecteur des états, ainsi que le lieu du Marais dans lequel la matière à faire les tourbes sera extraite, et le terrein sur lequel elles seront moulées et séchées : de tout quoi sera par eux dressé procès-verbal en présence dudit inspecteur; lequel sera signé desdits gens de loi et dudit inspecteur, sans toutefois que, sous quelque prétexte que ce puisse être, et sous telles peines qu'il appartiendra, ladite tourbe puisse être extraite plus près que de cinquante toises des bords des rivières et canaux navigables, et de trois toises des autres rivières, canaux ou ruisseaux.

» 3. Il sera procédé tous les ans, pardevant lesdits gens de loi, en la forme en tels cas accoutumée, à l'adjudication au rabais, tant de la quantité de tourbes qui aura été fixée par ledit procès-verbal, que d'un tiers en sus de ladite quantité, lequel sera destiné au paiement des frais de l'extraction desdites tourbes.

» 4. Aussitôt après ladite adjudication, il sera remis, par lesdits gens de loi, aux adjudicataires, une copie collationnée dudit procès-verbal, sans qu'il puisse être adjugé une plus grande quantité desdites tourbes que celle qui y aura été fixée, et le tiers en sus de ladite quantité, et sans que l'adjudicataire puisse mouler et sécher lesdites tourbes sur aucun autre terrain que sur celui fixé par ledit procès-verbal, le tout à peine d'amende, même de plus grande peine s'il y échoit.

» 5. Ladite extraction sera faite depuis le 1er mai jusqu'au 10 juillet de chaque année, et il en sera inséré une clause expresse dans les procès-verbaux d'adjudication, à peine, contre lesdits gens de loi, d'en rester garans en leur propre et privé nom.

» 6. Lorsque lesdites tourbes seront sèches et en état d'être enlevées, la distribution de la quantité extraite pour le chauffage de la communauté, sera faite par lesdits gens de loi à chaque chef de famille; à l'effet de quoi il en sera fait des lots qui seront tirés au sort par lesdits chefs de famille, en présence desdits gens de loi.

» 7. Et à l'egard du tiers en sus de la quantité de tourbe nécessaire au chauffage desdits habitans, il sera remis et délivré par l'adjudicataire auxdits gens de loi, pour être vendu et adjugé en la forme ordinaire, en tout ou en partie, au plus offrant et dernier enchérisseur; et le prix provenant de ladite adjudication, remis aux receveurs desdites communautés, et employé chaque année au paiement de l'adjudicataire qui aura extrait lesdites tourbes; et seront tenus lesdits receveurs d'employer chaque année dans leurs comptes lesdites recettes et dépenses, par articles séparés....

» 9. Fait sa majesté très expresses inhibitions et défenses à tous habitans desdites communautés, d'extraire à l'avenir la tourbe par eux-mêmes, ou par d'autres, même pour leur usage; comme aussi de vendre aucunes tourbes, même de celles provenant du tiers en sus de la quantité nécessaire au chauffage desdites communautés, à autres qu'à des habitans de ladite province; leur défend pareillement de faire, dans lesdits Marais communaux, aucuns palés ou plaquettes, le tout à peine de 50 liv. d'amende, ou autre plus grande s'il y échoit. (*V. Tourbes.*)

» 10. Ceux desdits Marais communaux qui seront propres au pâturage, seront divisés par les gens de loi de chacune desdites communautés, en trois parties égales, dont deux seront destinées chaque année à faire paître les bestiaux, et la troisième alternativement sera réservée, sans que lesdits bestiaux puissent y pâturer, et sans que, sous aucun prétexte, il soit permis aux particuliers desdites communautés de scier ou faucher, pour leur compte, aucune desdites trois parties.

» 11. Ladite partie réservée sera mise en valeur, et la récolte qui en proviendra sera vendue et adjugée pardevant les gens de loi, au plus offrant et dernier enchérisseur, au profit de la communauté; et le prix de ladite adjudication remis au receveur d'icelle, pour être employé à l'acquit de ses charges, et principalement à la nourriture de ses pauvres.

Source : BIU Cujas

» 12. Lesdits gens de loi seront tenus de veiller à l'entretien desdits pâturages, et à ce qu'ils soient tenus en bon état et valeur; et en cas qu'il soit nécessaire d'y faire quelques défrichemens, dessèchemens ou autres ouvrages nouveaux, pour en augmenter le produit, il en sera délibéré dans une assemblée générale de la communauté, et la délibération qui aura été prise à ce sujet, sera, par lesdits gens de loi, envoyée aux députés ordinaires des états, pour, après la vérification qu'ils en auront fait faire, être par sa majesté, sur le compte qui lui en sera rendu, ordonné ce qu'il appartiendra.

» 13. Fait défenses sa majesté à tous et un chacun des habitans de ladite province, de mettre leurs bestiaux dans lesdits Marais communaux avant le 1er avril, ni après le dernier octobre de chaque année, comme aussi d'y en mettre, en aucun temps, qui appartiennent à d'autres qu'aux habitans de leur communauté; le tout à peine, contre les contrevenans, de 6 liv. d'amende pour chacun des bestiaux pris en contravention: enjoint sa majesté aux gens de loi d'y tenir la main, à peine d'en répondre en leur propre et privé nom.

» 14. Fait sa majesté pareillement défenses de conduire dans lesdits Marais et pâturages, des bestiaux attaqués de maladies contagieuses, à peine, contre les contrevenans, de 30 liv. d'amende pour chacune des bêtes attaquées desdites maladies: enjoint auxdits gens de loi de faire exactement, et toutefois que besoin sera, et assistés d'un maréchal expert, la visite des bestiaux envoyés dans lesdits pâturages, pour, sur le vu du procès-verbal qui en sera dressé, être par eux ordonné que les propriétaires seront tenus de retirer sur-le-champ les bestiaux gâtés; faute de quoi ils seront, à leurs frais, mis en lieu sûr, ou même, si le cas est urgent, tirés hors du pâturage, mis à mort, et enterrés aussitôt.

» 15. Défend en outre sa majesté auxdits habitans, de mettre dans lesdits Marais et pâturages aucuns chevaux entiers, oies, canards, moutons, porcs ou autres animaux qui puissent nuire à la reproduction des herbes et aux plantations qui sont ou seront faites dans lesdits Marais pour le profit des communautés, à peine de 50 liv. d'amende, ou même de plus grande peine s'il y échoit.... ». (M. Guyot.) *

[[§. II. *Lois et règlemens de l'ancien régime sur le défrichement et le partage des Marais communaux.*]]

Le gouvernement a réalisé de nos jours, dans les trois évêchés, dans les généralités d'Auch et de Pau, dans le duché de Bourgogne, dans les comtés de Mâconnais, d'Auxerrois, et de Bar-sur-Seine; dans le pays de Bugey et dans celui de Gex, dans la Flandre gallicane et dans l'Artois, le système qui conseille depuis long-temps le défrichement et le partage des Marais. Les édits, les lettres-patentes, et les arrêts de conseil qui ont été donnés à ce sujet, méritent d'être connus de toute la France.

I. L'édit porté pour les trois évêchés est du mois de juin 1762; le parlement de Metz l'a enregistré le 6 juillet suivant.

Des huit articles qu'il contient, le premier permet à toutes les communautés de partager entre les ménages existans, et par portions égales tirées au sort, la totalité ou seulement partie de leurs communaux, terres, prés, pâtis, landes ou friches.

Par le second, il est dit que les délibérations des communautés seront arrêtées dans une assemblée convoquée régulièrement, et reçues par un officier public; et que le nombre des voix nécessaires pour établir une délibération, sera des deux tiers au moins des habitans.

Le troisième veut que les parts soient indivisibles et inaliénables, et qu'elles ne puissent être saisies par aucun créancier; mais seulement les fruits, en suivant les formes ordinaires.

Il est statué par le quatrième, qu'aucune personne non domiciliée dans le lieu, ne pourra posséder une part, et qu'aucun habitant ne pourra en avoir deux: que les parts qui deviendront surnuméraires, seront affermées au profit commun des habitans, jusqu'à ce que de nouveaux ménages qui n'en auraient point, veuillent s'en mettre en possession.

Le cinquième porte que toutes les parts seront héréditaires en ligne directe seulement, et que celles qui tomberont en ligne collatéralle, ou qui deviendront vacantes par tous autres moyens, passeront aux plus anciens mariés de la communauté, qui n'en auraient point encore, ou qu'elles seront affermées comme il a été dit ci-dessus.

Le sixième accorde aux possesseurs la liberté de disposer de leur part en faveur d'un de leurs enfans et non d'autres; et ajoute que dans le cas où ils n'en auraient pas disposé, elle passera à l'aîné des enfans demeurant dans le lieu, ou y venant demeurer, sans aucune division.

Le septième a pour objet la variété des droits des seigneurs, et pour y obvier, il admet tous les seigneurs indistinctement dans le cas où ils le désireraient, à prélever, par la voie du sort, à leur profit, le tiers des communaux dont le partage sera demandé, à la charge par eux de remettre aux communautés, la totalité des cens, redevances, prestations ou servitudes, qui pourraient leur être dus à cause de ces biens communs.

Enfin, par le huitième, le roi pour encourager d'autant plus des partages dont il doit résulter les plus grands avantages pour les habitans, et même pour l'État en général, étend aux Marais partagés, toutes les exemptions d'impositions et de dîmes, promises par les art. 5 et 6 de la déclaration du 13 août 1766, à ceux qui défricheraient des terres incultes.

Source : BIU Cujas

II. Dans les généralités d'Auch et de Pau, les communautés d'habitans ont été autorisées par deux arrêts du conseil des 5 mai et 10 juillet 1750, à aliéner leurs Marais, landes et autres biens communaux.

Trois autres arrêts des 28 octobre 1771, 9 mai 1773 et 25 octobre 1777, leur ont permis de partager les mêmes biens entre leurs membres respectifs, ménage par ménage, pour posséder la portion qui échoirait à chaque père de famille, en propriété incommutable, et à la charge d'une redevance au profit des habitans en commun.

III. Les Etats du duché de Bourgogne et des pays qui en dépendent, ont obtenu, sur le même objet, un édit du mois de janvier 1774, dont voici les dispositions.

« *Art.* 1. Nous permettons à toutes les communautés de notre province de Bourgogne, comté de Mâconnais, Auxerrois, et Bar-sur-Seine, et des pays de Bugey et Gex, qui le désireront, de partager entre tous les feux ou ménages existans, sans distinction des veuves, filles et garçons, tenant ménage séparé, et contribuant aux impositions, la part du seigneur prélevée, lorsqu'il y aura lieu, la totalité ou seulement partie des terres, prés, Marais, landes en friches, leur appartenans en commun, en ce non compris les bois, ainsi et de la manière qu'il sera expliqué ci-après; à l'effet de quoi, nous avons dérogé et dérogeons par le présent édit, à toutes lois, usages, arrêts et règlemens à ce contraires.

» 2. Les délibérations des communautés seront prises dans une assemblée générale, convoquée en la manière accoutumée, et reçues et rédigées par un notaire royal, pour la minute rester en son dépôt, et en être par lui délivré une expédition aux habitans. Lesdites délibérations contiendront les oppositions qui pourront être formées au partage, soit par un, soit par plusieurs habitans, et les causes d'icelles; les mêmes délibérations seront signées au moins par les deux tiers des habitans, le sachant faire, et qui auront délibéré; ensuite elles seront visées par le sieur intendant et commissaire départi dans la province pour l'exécution de nos ordres, après quoi elles seront présentées à notre cour de parlement de Paris, et à celle de Dijon, ou aux conseils supérieurs, dans le ressort desquels seront situés les communautés qui auront formé lesdites délibérations, pour y être homologuées et registrées sans frais.

» 3. Les parts qui arriveront à chaque particulier habitant, seront indivisibles, inaliénables, et ne pourront être saisies par les créanciers des possesseurs, à l'exception des fruits, lesquels il sera loisible auxdits créanciers de se faire adjuger, sans néanmoins que la disposition du présent article puisse nuire en aucune manière aux droits des seigneurs, ou de tous autres particuliers ayant antérieurement des droits réels et fonciers, bien établis sur les terres communes qui seront mises en partage.

» 4. Aucun particulier non domicilié dans le lieu, ne pourra jouir d'une part, et aucun habitant ne pourra en posséder plus d'une; les parts surnuméraires ou celles qui deviendront vacantes, seront, à la diligence des Maires, échevins ou syndics des communautés, affermées à prix d'argent, au profit de la communauté, pour trois ans seulement. Pendant ledit intervalle, tout habitant non pourvu pourra les réclamer selon l'ordre d'ancienneté de son établissement; auquel cas, le prix du bail de l'année courante appartiendra à la communauté; et celui des années restantes à expirer, sera remis par le fermier aux habitans devenus possesseurs, lesquels ne pourront résoudre et faire cesser les baux passés par la communauté.

» 5. Toutes les parts seront héréditaires dans la ligne directe seulement; et celles qui tomberont en ligne collatérale, ou qui deviendront vacantes, de quelque manière que ce soit, seront adjugées, par la communauté, aux plus anciennement mariés d'entre les habitans non pourvus; et les fruits de l'année appartiendront à la succession du dernier possesseur.

» 5. La disposition testamentaire aura lieu, sans préjudice de l'usufruit, au profit de la veuve, en faveur d'un des enfans tenant ménage dans la communauté; et à défaut de disposition testamentaire, au profit de l'un des enfans, la part entière et sans division, appartiendra à l'aîné des enfans établis.

» 7. Pour obvier à toutes les contestations que la variété des droits des seigneurs hauts justiciers pourrait occasionner, voulons que tous lesdits seigneurs ou ceux qui justifieront avoir la concession des droits utiles attachés à la haute justice, soient admis, dans le cas où le triage peut avoir lieu, à prélever par proportion par la voie du sort ou amiablement, et de gré à gré, le tiers dans les communaux dont le partage aura été demandé et résolu par les communautés, sans qu'après ledit prélèvement, les seigneurs puissent exiger aucuns cens, redevance, prestation, droit ni servitude, de quelque nature que ce soit, autre que la justice, sur les deux tiers restés et mis en partage dans la communauté; sans néanmoins que les seigneurs puissent être forcés à se contenter du tiers des communaux mis en partage, et de renoncer aux droits et redevances qui peuvent leur appartenir sur lesdits fonds et biens communaux.

» 8. Les communes ainsi partagées, même la portion du seigneur, jouiront de tous les privilèges et exemptions portées aux art. 5 et 6 de notre déclaration du 13 août 1766, en faveur de ceux qui défricheront des terres incultes.

» 9. En ce qui concerne le Bugey, tous domiciliés et habitans des communautés, même ceux qui ne paieront que la capitation, participeront au partage des terres communales; entendons au surplus réserver audit pays, tous droits et privilèges que les lois municipales pourraient avoir établis concernant le triage desdites terres.

» 10. Voulons que toutes les contestations qui

Source : BIU Cujas

pourront naître et s'élever à l'occasion ou en exécution du partage des terres communales, soient portées en première instance pardevant le juge exerçant la haute justice, et ne puissent être jugées qu'après communication, et sur les conclusions du procureur fiscal ».

Cet édit n'a été enregistré au parlement de Dijon que le 3 juillet 1782, et il ne paraît pas qu'il le soit encore au parlement de Paris.

IV. Les lettres-patentes qui concernent la Flandre gallicane, sont du 27 mars 1777, et elles ont été enregistrées au parlement de Douai le 14 novembre suivant. Les dispositions qu'elles renferment sont divisées en dix-neuf articles.

Le premier, ordonne que tous les prés, Marais et pâturages communs des châtellenies de Lille, Douai et Orchies, soit qu'une, soit que plusieurs communautés d'habitans en jouissent entre elles en commun, seront partagés par portions égales entre tous les ménages existans par feu, sans distinction d'état, c'est-à-dire, de mariage, de viduité ou de célibat. — Mais avant de procéder à ce partage, il faut, suivant le même article, faire deux sortes de prélèvemens, l'un du tiers des biens dont il s'agit, pour appartenir au seigneur du lieu, soit que la concession de l'usage en ait été faite gratuitement ou à titre onéreux, à moins que les habitans ne justifient par titre de l'acquisition de la propriété qu'ils en ont faite ou qu'ils tiennent d'autres seigneurs; l'autre, des portions qu'il sera jugé nécessaire de donner à bail, ou même d'aliéner pour un certain temps, afin de payer les dettes des communautés.

L'art. 2 porte que les seigneurs ne seront admis à prélever le tiers avant le partage, qu'en renonçant aux cens, redevances, droit de plantation et tous autres qui pourraient leur être dus pour raison de la concession des Marais, sans néanmoins qu'ils puissent être forcés à l'abandon de ces droits, qu'ils pourront conserver en renonçant au triage.

Arrêtons-nous un instant à ces deux premiers articles, et cherchons à en bien saisir le sens.

Ils dérogent certainement à l'ordonnance des eaux et forêts de 1669, titre des *bois, près et Marais appartenans aux communautés;* mais en quoi y dérogent-ils? suivant quelques uns, ils y dérogent en ce qu'ils accordent le triage aux seigneurs, dans le cas où les communautes usagères n'ont obtenu qu'à titre onéreux la concession de leur droit d'usage; et en cela, ils favorisent excessivement les seigneurs, puisqu'ils leur donnent ce que l'ordonnance de 1669 leur refusait expressément.

Supposons pour un moment que tels soient le sens et l'objet de ces deux articles. Pour peu qu'on y réfléchisse, on verra bientôt qu'ainsi entendus, il s'en faut beaucoup qu'ils soient avantageux aux seigneurs.

L'ordonnance de 1669 porte que si les bois, prés et Marais *appartenans aux communautés*, sont de la concession gratuite des seigneurs, le tiers peut en être distrait au profit de ceux-ci, en cas qu'ils le demandent, et que les deux autres tiers soient suffisans pour les besoins des habitans. — Cette loi ne dispose donc que pour le cas où les communautés sont propriétaires de leurs bois ou Marais, et qu'elles tiennent cette propriété de la main du seigneur: alors, il est vrai, le seigneur est non-recevable à demander le tiers des biens communaux sur lesquels il perçoit des redevances; mais lorsque les habitans ne sont qu'usagers, le seigneur n'est pas borné au droit de triage, il peut demander un cantonnement qui emporte presque toujours la plus grande partie des fonds; et bien loin que les redevances que les usagers lui payent, y forment obstacle, elles subsistent au contraire à leur charge, même après le prélèvement de la part du seigneur. Ces principes seront développés à l'article *Usage (droit d')*.

D'après cela, en quoi les lettres-patentes de 1777 favorisent-elles les seigneurs? — 1° Entendues dans le sens que nous leur supposons avec ceux qui en font la critique, elles ne leur accordent le tiers des Marais sur lesquels ils perçoivent des redevances, que lorsque les communautés en sont simplement usagères: *soit que la concession de l'usage en ait été faite gratuitement ou à titre onéreux.* Ainsi, dans la supposition dont il s'agit, non seulement elles ne donnent rien aux seigneurs de ce que leur refuse l'ordonnance de 1669, mais elles restreignent leurs droits dans des bornes beaucoup plus étroites que ne le fait la jurisprudence constante et uniforme de tous les tribunaux. — 2° Elles veulent que les seigneurs ne soient admis à prélever le tiers avant le partage, qu'*à la charge par eux de renoncer aux cens, redevances, droit de plantation et tous autres qui pourraient être dus pour la concession desdits Marais.* Il est sensible, d'après ce que nous avons dit, que si cette loi n'ordonne, comme, au premier coup-d'œil, elle paraît le faire, qu'un simple cantonnement, elle ne devait pas priver les seigneurs des prestations dont les habitans étaient chargés envers eux.

En deux mots, les lettres-patentes, prises dans leur sens littéral, ne parlent du triage que relativement au cas où les communautés ne sont qu'usagères: la disposition qu'elles renferment à ce sujet, de quelque manière qu'on l'entende, n'a rien de contraire à l'ordonnance de 1669, qui n'a pour objet que les Marais dont les communautés sont propriétaires; et elle déroge, en faveur des habitans, aux principes universellement reçus en matière de cantonnement. Voilà bien les intérêts des communautés préférés à ceux des seigneurs.

Mais, au surplus, est-il bien exact d'entendre ainsi ces lettres-patentes? dérogent-elles vraiment à la jurisprudence qui, dans le partage d'un Marais, assigne plus au seigneur qui s'est borné à la concession d'un simple usage, qu'à celui qui s'est totalement exproprié? Enfin doit-on interpréter à

Source : BIU Cujas

la lettre ces termes, qui paraissent d'ailleurs si expressifs, *soit que la concession de l'usage en ait été faite gratuitement ou à titre onéreux*?

Dans une contestation qui s'est élevée en 1780 entre le sieur de Vanzeler, seigneur de Santes, et les habitans du hameau d'Ancoisne, on a supposé qu'il n'y avait sur l'affirmative de toutes ces questions, aucune espèce de doute raisonnable, ni même possible. D'un côté, les habitans d'Ancoisne demandaient, *à titre d'usagers*, les deux tiers d'un Marais sur lequel une charte de 1311 leur accordait un simple droit de paisson. De l'autre, le seigneur qui ne paraissait pas même soupçonner la différence du cantonnement d'avec le triage, reconnaissait très formellement, par une écriture signifiée le 10 février 1780, qu'*avant les lettres-patentes de 1777, comme depuis leur promulgation, il était également certain que la part des communautés usagères devait être de deux tiers contre le seigneur qui prenait l'autre tiers.*

Ainsi, d'accord sur les principes, le seigneur et les habitans s'attachaient à des questions totalement étrangères à notre objet; la principale était de savoir si c'était aux habitans existans en 1311, considérés comme particuliers, que la charte de cette année avait accordé un droit d'usage, ou si cette concession avait été faite aux habitans pris collectivement et en corps de communauté.

Par l'arrêt qui est intervenu, le 6 avril 1781, au rapport de M. Raillard de Granvelle, le parlement de Flandre a déclaré la communauté usagère du Marais dont il s'agissait, et, en cette qualité, lui en a adjugé les deux tiers.

Cet arrêt, comme l'on voit, ne juge rien sur la manière d'interpréter les lettres-patentes de 1777: il ne prononce que sur les *données* des parties, et par conséquent il laisse notre question entière.

Comment donc la décider cette question? si l'on nous permet de le faire, nous dirons que les Marais dont les seigneurs ont conservé la propriété, n'ont pas été l'objet des lettres-patentes.

En effet, pouvait-il venir à l'esprit des États de la Flandre gallicane, de demander au roi qu'il dépouillât les seigneurs des deux tiers de leur bien, et le roi lui-même aurait-il permis à sa justice de violer ainsi les droits sacrés de la propriété?

Le roi n'a accordé que ce qu'on demandait et ce qu'il pouvait accorder. On demandait, et le roi a ordonné que les *Marais appartenans aux communautés*, seraient défrichés et divisés par portions ménagères, sauf le tiers au seigneur qui en aurait fait la concession, à la charge de renoncer aux redevances qui pouvaient lui être dues pour cette concession.

Cela résulte même des deux premiers articles. On y parle des Marais *communs*, des Marais que *tiennent* les communautés. On y ordonne de prélever le tiers sur *les communautés*. On en suppose donc les communautés propriétaires.

Il y a quelque équivoque sur la question de savoir si ce tiers doit être prélevé, quand le seigneur a concédé les Marais à titre onéreux, ou si cela ne doit avoir lieu que quand la concession onéreuse n'est tombée que sur l'usage. L'article premier parle nommément des communautés *usagères*: mais c'est, ce semble, une expression impropre, puisque l'article 2 accorde le tiers aux seigneurs même qui ont fait la *concession des Marais* en soi, à titre onéreux, en leur donnant la faculté de renoncer aux redevances qui sont le prix et la marque de leur concession.

Les lettres-patentes ont en cela dérogé à l'ordonnance de 1669, qui refusait le droit de triage au seigneur, quand il n'avait concédé ses Marais qu'à titre onéreux; et par cette raison, l'article 2 porte: *dérogeant sur ce point à toutes lois à ce contraires.*

Elles dérogent encore virtuellement à la condition de la suffisance des deux tiers, qu'exigeait la même ordonnance. Le défrichement général étant prescrit, cette suffisance se manifestait d'elle-même, ou, si l'on veut, il était inutile de la considérer, parceque la chose allait changer de destination.

Mais pour le fond du droit de triage, les lettres-patentes ont le même esprit que l'ordonnance de 1669. Cette ordonnance avait entamé, s'il est permis de s'exprimer ainsi, la *propriété de concession*, qui pouvait appartenir aux communautés dans les Marais; elle avait décidé que les communautés concessionnaires, et à ce titre, propriétaires de ces sortes de biens, pourraient être obligées d'en céder un tiers aux seigneurs de qui elles les tenaient.

Le législateur avait considéré que les seigneurs n'avaient donné gratuitement leurs Marais que parcequ'ils valaient peu, et pour procurer des aisances à leurs vassaux; que, d'un autre côté ils étaient les premiers habitans, les plus grands propriétaires de leur territoire; et d'après cela, il s'était déterminé à ordonner qu'on leur rendit le tiers de leur concession, lorsqu'il deviendrait superflu pour les usages de la communauté.

Mais les conditions que l'ordonnance citée exigeait pour donner lieu au triage, occasionnant des procès, et faisant obstacle au défrichement, on a trouvé bon en 1777 de les abroger pour la Flandre gallicane. Encore une fois, c'est là tout ce qu'ont demandé les États à cet égard, et c'est en cela seul que les lettres-patentes ont modifié l'ordonnance.

Les lettres-patentes ont respecté la *propriété d'acquisition* qui pouvait résider dans quelques communautés. Elles portent que si les communautés peuvent justifier de cette acquisition par titre, elles ne souffriront aucun prélèvement de la part des seigneurs, et demeureront par conséquent en pleine jouissance de ce qu'elles ont acheté.

La raison de réciprocité et la justice exigeaient donc qu'on respectât aussi la propriété du seigneur, s'il l'avait conservée. Mais comme les lettres-patentes étaient données particulièrement contre les communautés, pour les obliger de défricher et de

Source : BIU Cujas

partager, il n'était point du tout nécessaire qu'elles disposassent expressément en faveur des seigneurs propriétaires. C'était assez qu'on ne voulût point les dépouiller et que nulle disposition ne les privât de leurs biens. Le silence d'une loi ne donne de droit à personne : il le laisse à ceux qui l'ont.

Il faut, au contraire, une disposition expresse, directe et qui ne puisse souffrir d'autre interprétration, pour qu'on en infère qu'un propriétaire a perdu ses droits les plus sacrés, son propre bien.

Disons donc que les seigneurs propriétaires des Marais restent dans tous leurs droits, indépendamment des lettres-patentes de 1777. Dès-là, il est clair que ces lettres-patentes ne portent pas sur les Marais demeurés dans la propriété des seigneurs : car enfin elles ne traitent que des Marais dont il faut laisser les deux tiers aux communautés, et dont on doit prélever le tiers pour le seigneur, soit en récompense de son ancienne libéralité, soit par compensation de ses droits de cens, d'usage et autres.

Du reste, on ne doit pas trouver surprenant que les lettres-patentes de 1777 ne réputent les communautés propriétaires par acquisition de leurs Marais, que lorsque celles-ci *justifient par titre de l'acquisition* même qu'elles ont faite *de la propriété*. Il est certain que les Marais sont présumés appartenir au seigneur, tant que le contraire n'est pas prouvé très clairement ; toutes les propriétés de son territoire sont censées venir de lui ; elles n'ont pu passer en d'autres mains que par inféodation ou acensement: il faut donc prouver qu'il s'est dépouillé de celles dont on veut l'exclure, et cette preuve doit se faire par des titres, ou au moins par des actes de possession légitime et contradictoire, qui s'adaptent individuellement à chaque partie qu'on veut soustraire à la loi générale du territoire. Voilà la règle, on la trouve dans tous les jurisconsultes, et elle est inscrite en traits lumineux dans le traité des fiefs de Dumoulin. *Teneo*, dit-il, *fundatam esse intentionem domini loci, nedùm in dominio directo, sed etiam in pleno dominio.* — De là ce principe consacré par un grand nombre de coutumes, et développé par Varsavaux (*Traité des communes*, page 160), que « la patrimonialité des fiefs renferme et emporte avec soi, au profit du seigneur, le fonds et la propriété entière et exclusive de toutes les terres vagues, vacantes et en friche qui se trouvent dans l'enclave de sa seigneurie, et que par conséquent on ne peut l'en dépouiller, lorsqu'il ne paraît pas, par les investitures ou par la coutume du lieu, qui les ait transmises en tout ou en partie à ses vassaux » — Les Marais se rangent, pour ainsi dire, d'eux-mêmes dans la classe des biens dont parle cet auteur. Ils étaient, dans l'origine, incorporés au gros du fief ; le seigneur n'a donc pu les en détacher que par un acensement ou une concession gratuite. Ce ne sont pas, à la vérité, des terres tout-à-fait inutiles et vagues ; elles sont destinées depuis long-temps à la paisson des bestiaux, et les communautés s'en servent pour cet objet : mais cet usage est-il une marque de propriété ? Non, le seigneur qui l'a accordé ou toléré, ne peut pas avoir entendu s'exproprier totalement : il ne faut pas donner à la cause plus d'étendue que l'effet ne le demande ; la seule concession ou tolérance de l'usage a pu et dû produire naturellement l'exercice de l'usage ; il n'a donc pas fallu d'expropriation entière pour y donner lieu, et conséquemment il n'est pas possible de tirer une juste conséquence de l'usage à la propriété.

Revenons à nos lettres-patentes : elles ordonnent, art. 3, qu'avant de procéder au partage des Marais, toutes les communautés qui justifieront y avoir droit, soit comme propriétaires, soit comme usagères, ou à tous autres titres reconnus ou jugés suffisans, seront tenues de fournir à l'intendant ou à son subdélégué du département, un état arrêté dans une assemblée générale, des dettes de chacune d'elles, ainsi que de leurs charges ordinaires, à l'effet de prélever sur les Marais, en raison de leurs droits respectifs, la quantité qu'il sera nécessaire d'affermer ou même d'aliéner pour 25, 35 ou 45 ans, afin de payer les dettes ou remplir les charges avec le produit que l'on en tirera. — Le même article veut que les Marais dont la propriété formera l'objet d'un litige, demeurent au même état jusqu'au jugement définitif de chaque contestation ; et il fait défenses d'entreprendre sur ces Marais non partagés aucun défrichement ni tourbage, à peine de 500 livres d'amende pour chaque contravention, laquelle sera payée, suivant l'usage, par les principaux occupeurs, sauf leur recours tel que de raison, à moins que, sur la dénonciation des coupables, l'intendant ne puisse les condamner personnellement au paiement de cette amende.

L'art. 4 ordonne qu'avant de procéder au partage, il sera fait par tels arpenteurs qui seront nommés par les communautés, ou à leur défaut, par l'intendant, un mesurage particulier de chacun des Marais, en présence des gens de loi de chaque paroisse, ou eux dûment appelés, même dressé des plans figuratifs de leur consistance, aux frais de chacune des communautés ; dans lesquels plans et procès-verbaux d'arpentage seront désignées la nature, la quantité, ainsi que la quotité ou étendue du Marais.

L'art. 5 porte que, lors du mesurage, chaque Marais sera divisé en trois portions égales, dont l'une sera tirée au sort par le seigneur ou son représentant, pour lui appartenir en cas que le triage ait lieu, et les deux autres demeureront à la communauté, pour être partagés entre les habitans, après l'autre prélèvement indiqué ci-dessus. Le même article veut que le partage et le défrichement soient faits et achevés dans l'année de l'enregistrement des lettres-patentes, et qu'à faute d'y avoir satisfait par quelques unes des communautés, il y soit procédé par l'intendant.

L'art. 6 dit qu'il sera fait, dans chaque commu-

Source : BIU Cujas

nauté, un rôle de tous les ménages ou feux qui la composent ; que l'on y comprendra tous les habitans actuels, soit gens mariés, veufs ou veuves, garçons ou filles ayant ménage ou feu particulier ; qu'il sera arrêté et signé par les gens de loi, visé par l'intendant ou son subdélégué, et remis à l'arpenteur, afin que, dans son procès-verbal de mesurage, il forme autant de portions qu'il y aura de feux ou ménages dans la communauté ; bien entendu que, pour régler chaque part, il se conformera à la nature et qualité du terrain, en sorte que le produit puisse en être à peu près égal ; ce qui sera fait en présence des gens de loi et de quatre principaux habitans, ou eux dûment appelés ; après quoi, toutes les portions qui auront été numérotées dans son procès-verbal, et même dans son plan, seront tirées au sort dans une assemblée générale par chaque ménage, pour en jouir jusqu'au décès du dernier vivant, du mari ou de la femme, sans qu'aucun ménage puisse jouir de deux portions.

L'art. 7 déclare que personne ne pouvant retenir deux portions à la fois, si deux portionnaires viennent à se marier ensemble, ils seront tenus d'en abandonner une à leur choix.

Suivant l'art 8, comme ces portions de Marais sont singulièrement affectées aux feux ou ménages de chaque paroisse, pour les aider à se soutenir, dès que le dernier survivant, du mari ou de la femme, sera décédé, ces portions passeront à d'autres ménages qui n'en auront pas encore été pourvus, toujours dans l'ordre de l'ancienneté : et s'il en survenait de surnuméraires, elles seraient louées au profit de la communauté, jusqu'à ce qu'il s'y trouvât des ménages pour les réclamer.

L'art. 9 porte que, si le nombre des feux augmente, les feux ou ménages surnuméraires, pour parvenir à une portion, devront attendre qu'il y en ait une vacante, et n'en seront pourvus que par rang d'ancienneté d'établissement en ménage particulier ; que, si au contraire le nombre des feux vient à diminuer, les portions surnuméraires seront louées au profit de la communauté, mais pour trois ans seulement, afin que les nouveaux feux qui pourront s'établir, ne soient pas dans le cas d'attendre plus long-temps pour être portionnés comme les autres.

L'art. 10 décide que, pour succéder à l'avenir aux portions ménagères qui viendront à vaquer dans chaque communauté, il faudra en être natif, ou avoir épousé une fille ou veuve qui ait cette qualité, et y demeurer avec elle.

Par l'art. 11, pour prévenir toutes les difficultés qui pourraient survenir entre les héritiers des occupeurs de portions ménagères et leurs successeurs en occupation, ceux-ci sont obligés de leur faire raison, à dire d'experts, de ce dont la terre se trouvera *avétie*, ainsi que des engrais, labours et semences, même des sèves et des rejets, s'il y échet.

Par l'art. 12, chaque ménage ou portionnaire est tenu de mettre sa portion en valeur de la manière la plus convenable au terrain, dès la première année que le délaissement lui en aura été fait ; et s'il laisse passer trois années sans l'avoir mise ou même entretenue en culture, il en demeurera privé de plein droit, et elle sera assignée à un autre ménage qui n'en aura pas, ou affermée au profit de la communauté.

L'art. 13 défend à toutes personnes, sous peine de 300 livres d'amende, d'extraire dorénavant des Marais aucune espèce de chauffage, soit tourbes, hots, molingues ou palées, soit plaquettes ou gazons ; et afin d'y suppléer pour l'avenir, il enjoint à chaque particulier de planter en bois les lisières de leurs portions, autant que faire se pourra, et à chaque communauté de planter de même les portions qui leur resteront en commun, et qui pourront en être susceptibles.

Par l'art. 14, afin que chaque communauté continue de trouver dans ses Marais, quoiqu'ainsi partagés, une ressource pour ses charges communes, ordinaires et extraordinaires, chaque portionnaire, sans exception, est tenu de payer par forme de rente foncière ou cens, franc et net argent, à la communauté, à raison d'un demi-havot de blé froment au cent de terre par an, sur le pied de la prisée de la Saint-Remy de l'Epier, de Lille, de Douai et d'Orchies, selon la situation des terrains dans chacune des trois châtellenies; et faute de paiement d'une année de cette redevance, elle sera prise l'année suivante sur les fruits qui seront enlevés à cet effet sans aucune sommation ni formalité de justice.

L'art. 15 porte que, si, lors de l'arpentage, il se trouvait dans ces Marais des cantons qui ne fussent pas susceptibles d'être aisément partagés ou mis en culture, soit à cause des eaux qui les couvrent, soit par leur peu d'étendue ou stérilité naturelle, ils seraient laissés en commun et en pâtis, ou bien convertis en étangs, ou plantés en bois au profit de la communauté, ainsi que du seigneur pour son tiers, s'il n'y a point été pourvu d'ailleurs.

Suivant l'art. 16, la faculté de planter le long et sur les bords des fossés que chaque communauté aura fait faire, n'appartiendra qu'à elle seule ; et en conséquence, elle jouira privativement des sèves et rejets des arbres qu'elle aura fait planter, et elle pourra les faire abattre et remplacer par d'autres, quand il lui plaira, sans être tenue à aucun dédommagement envers les occupeurs ou possesseurs.

Suivant l'art. 17, les chemins et fossés que chaque communauté a fait faire, et ceux qu'elle pourrait trouver à propos de faire, soit pour la facilité des communications, soit pour l'écoulement des eaux, seront entretenus par les occupeurs riverains, en largeurs, bombages, régalement, pente, talus et profondeur, le tout en si bon état que les uns soient praticables en tout

Source : BIU Cujas

temps, et que les autres ne retardent ni n'interceptent en aucun temps l'écoulement des eaux.

Par l'art. 18, le roi, pour indemniser les habitans de ces communautés des peines et frais de défrichement des portions assignées à chacun d'eux, et les encourager à les mettre et entretenir dans la plus grande valeur possible, ordonne qu'ils jouiront des exemptions portées par la déclaration du 13 août 1766 et subséquentes, et les dispense à cet effet de toutes les formalités prescrites par les mêmes lois.

L'art. 19 enjoint à l'intendant de tenir la main à l'exécution de toutes les opérations ci-dessus, et ordonne qu'elles soient faites en sa présence ou de ses subdélégués dénommés à cet effet; mais il excepte de cette attribution au commissaire départi toutes les questions de propriété, qu'il veut être renvoyées dans les tribunaux ordinaires, pour y être par eux statué ainsi qu'il appartiendra.

V. Les lettres-patentes données pour le partage et le défrichement des Marais d'Artois, sont du 13 novembre 1779. Voici comment elles sont conçues :

« Art. 1. Toutes les terres, prés, Marais, landes ou friches appartenant aux communautés d'habitans de notre province d'Artois, seront partagés par portions égales en valeur, entre tous les chefs de famille de chaque lieu, mariés ou célibataires, sous laquelle dénomination de *chefs de famille*, le curé de la paroisse sera compris, pour en jouir en usufruit seulement, aussi long-temps qu'ils seront domiciliés dans le lieu, distraction néanmoins faite au profit du seigneur, soit ecclésiastique, soit laïque, même des gens de main-morte ayant fief et seigneurie, du tiers desdites terres, prés, Marais, landes et friches qui seront de concession gratuite, et du sixième en faveur de ceux à qui, à raison de ladite concession, il est dû par lesdits habitans des redevances ou servitudes.

» 2. Les seigneurs qui auront distrait le sixième des biens communaux, ne pourront à l'avenir exiger desdites communautés d'habitans lesdites rentes, redevances ni servitudes dont elles demeureront quittes et déchargées; et lesdits seigneurs, ainsi que ceux au profit desquels le tiers aura été distrait, ne pourront exercer aucun droit de plantis sur la part des habitans, qui seront seulement soumis de donner tous les quarante ans une simple déclaration portant qu'ils possèdent en toute propriété et librement lesdits biens dans l'étendue de leur directe à laquelle ils demeurent soumis.

» 3. Les habitants jouiront, à raison des lots de partage qui leur seront échus, des exemptions portées par la déclaration du 13 août 1766 et les lettres-patentes du 30 mai 1767, sans néanmoins qu'ils soient assujettis à l'observation des formalités prescrites par lesdites déclaration et lettres-patentes, dont nous les avons dispensés et dispensons par ces présentes ».

Ces lettres-patentes ont été enregistrées au parlement de Paris, le 25 novembre 1779; mais elles ne sont pas encore exécutées dans tout l'Artois. Plusieurs communautés d'habitans, aussitôt qu'elles ont paru, ont formé opposition à l'arrêt qui en avait ordonné l'enregistrement, et ont fait assigner les États pour défendre à cette opposition. — Après une plaidoirie solennelle, et un long délibéré, il a été rendu, le 4 mars 1782, un arrêt qui, avant faire droit sur l'opposition, a ordonné qu'il serait informé par un commissaire de la cour, des avantages ou des inconvéniens résultans des dispositions des lettres-patentes; et en conséquence, a sursis jusqu'après l'information, à l'exécution des opérations ordonnées par ces dispositions. — L'exécution de cet arrêt a été empêchée par un arrêt du conseil qui a évoqué l'affaire, et a été suivi en 1785, d'un autre, par lequel l'intendant d'Artois a été commis pour faire une information *de commodo et incommodo*, conforme à celle que le parlement avait ordonnée.

[[§ III. *Dispositions des lois nouvelles concernant les Marais; et d'abord sur le droit des seigneurs dans les biens de cette nature.*

I. La loi du 15 mars 1790 a commencé par ôter aux seigneurs le droit de s'approprier à l'avenir, par forme de triage, le tiers des Marais communaux. — Celle du 28 août 1792 a été plus loin. Elle a révoqué tous les triages qui avaient été faits au profit des seigneurs, depuis la publication de l'ordonnance de 1669. *V. Triage.*

II. On a vu dans le § précédent, n. 4, que, sous le régime féodal, les Marais dont les communes avaient l'usage, n'étaient pas censés, par le seul fait de cet usage, leur appartenir en propriété, et que les seigneurs en étaient réputés propriétaires tant que le contraire n'était pas prouvé.

Cette jurisprudence a éprouvé successivement de grandes innovations sur lesquelles on peut voir l'article *communaux*, §. 2 et 3. Nous n'ajouterons ici à ce que nous avons dit dans cet article, qu'un arrêt de la cour de cassation du 10 fructidor an 13.

Il s'agissait de savoir à qui de la commune de Marquillies, département du Nord, ou du sieur de Vignacourt, ci-devant seigneur du même lieu, appartenait la propriété d'un Marais. Le jugement arbitral dont celui-ci demandait la cassation, avait prononcé en faveur de la commune. L'arrêt cité l'a cassé en ces termes :

« Vû les art. 8 et 9 de la loi du 28 août 1792, et l'art 1, sect. 4, de la loi du 10 juin 1793; — Considérant que, d'après la combinaison de ces divers articles, la commune de Marquillies ne pouvait être justement investie de la propriété et possession du Marais par elle réclamée, qu'en justifiant, soit qu'elle avait autrefois possédé le Marais, et qu'elle en avait été dépouillée par un abus de la puissance féodale, soit qu'il s'agissait d'un terrain communal par sa nature, et appartenant à ce titre à la généralité des habitans, à moins d'exhibition de la part du ci-devant seigneur, d'un titre authentique d'acquisition légitime; — mais qu'il ne paraît pas que

Source : BIU Cujas

la commune de Marquillies ait fait, devant les arbitres, ni l'une ni l'autre des preuves sus-énoncées; — Que, d'une part, l'enquête par elle invoquée, n'établit en sa faveur, d'après le compte même qu'en ont rendu les arbitres, que la preuve de simples droits d'usage, et nullement celle d'une possession à titre de propriétaire, telle que la loi l'exige; — Que, d'autre part, l'état de culture dans lequel est depuis long-temps le terrain litigieux, et qui est prouvé par les ventes annuelles faites au profit du ci-devant seigneur, des bois et plantes croissans sur ledit terrain, ne permet pas de le considérer comme un terrain vain et vague, communal par sa nature; qu'ainsi, sous aucun rapport, le Marais en question n'a pu être légitimement réclamé par la commune de Marquillies; et qu'en le lui adjugeant au mépris des titres nombreux qui en établissaient la propriété et la possession dans la main du ci-devant seigneur, les arbitres ont fait une fausse application des articles sus-énoncés de la loi du 28 août 1792, et de celle du 10 juin 1793; — La cour casse et annulle.... »

§. IV. *Dispositions des lois des 14 août 1792 et 10 juin 1793, sur le partage des Marais communaux. Réclamations contre ces lois. Suite de ces réclamations.*

I. Le partage des Marais communaux qui, sous l'ancien régime n'avait été ordonné que pour quelques provinces (*V* ci-devant §. 2), l'a été par la loi du 14 août 1792 pour toute la France: — « L'assemblée nationale (porte cette loi), décrète que, dès cette année, immédiatement après les récoltes, tous les terrains et usages communaux, autres que les bois, seront partagés entre les citoyens de chaque commune; 2° Que les citoyens jouiront en toute propriété de leurs portions respectives; 3° Que les biens connus sous le nom de *sursis et vacans*, seront également divisés entre les habitans; 4° Que pour fixer le mode de partage, le comité d'agriculture présentera dans trois jours le projet de décret. »

Le projet dont cette loi ordonnait la présentation dans trois jours, exigeait trop de méditations pour qu'il pût être prêt dans un aussi court espace de temps. Aussi ne fut-il présenté qu'à la convention nationale, qui le décréta en ces termes, le 10 juin 1793:

« *Sect.* 1, *art.* 3. Tous les biens appartenans aux communes, soit communaux, soit patrimoniaux, de quelque nature qu'ils puissent être, pourront être partagés, s'ils sont susceptibles de partage, dans les formes et d'après les règles ci-après prescrites, et sauf les exceptions qui seront prononcées.

» 4. Sont exceptés du partage, les bois communaux, lesquels seront soumis aux règles qui ont été ou qui seront décrétées pour l'administration des forêts nationales.

» 5. Seront pareillement exceptés du partage les places, promenades, voies publiques et édifices à l'usage des communes; et ne sont point compris au nombre des biens communaux les fossés et remparts des villes, les édifices et terrains destinés au service public, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et en général toutes les portions du territoire qui, n'étant pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérées comme une dépendance du domaine public.

» 6. Les communes ou les citoyens qui ont joui jusqu'à présent du droit d'y conduire leurs bestiaux, continueront à en jouir comme par le passé.

» 7. Lorsque d'après les visites et procès-verbaux des agens de l'administration forestière, auxquels seront joints les officiers municipaux, il demeurera constant que tout ou portion de ces bois n'est pas d'un produit suffisant pour rester en cette nature, l'exception portée en l'article précédent, n'aura pas lieu pour cette partie, après que lesdits procès-verbaux auront été autorisés par le directoire du département, sur l'avis de celui du district; mais il sera délibéré et statué, soit sur son partage, soit sur son repeuplement, par l'assemblée des habitans et dans la forme qui sera ci-après prescrite.

» 8. Si le sol des communaux est submergé en tout ou en partie, et que le dessèchement ne puisse s'opérer que par une entreprise générale, le partage de la partie submergée sera suspendu jusqu'à ce que le dessèchement soit exécuté.

» *Sect.* 2, *art.* 1er. Le partage des biens communaux sera fait par tête d'habitant domicilié, de tout âge et de tout sexe, absent ou présent.

» 2. Les propriétaires non habitans n'auront aucun droit au partage.

» 3. Sera réputé habitant, tout citoyen français, domicilié dans la commune un an avant le jour de la promulgation de la loi du 14 août 1792, ou qui ne l'aurait pas quittée un an avant cette époque, pour aller s'établir dans une autre commune.

» 4. Les fermiers, métayers, valets de labour, domestiques, et généralement tous citoyens, auront droit au partage, pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées pour être réputés habitans.

» 5. Tout citoyen est censé domicilié dans le lieu où il a son habitation, et il y aura droit au partage.

» 6. Ceux qui ont accepté des fonctions publiques, temporaires, seront exceptés des dispositions de l'article précédent, et auront la faculté de prendre leur partage dans la commune qu'ils auront quittée pour l'exercice des mêmes fonctions. Cette exception s'étendra aux domestiques et marchands voyageurs.

» 7. Les pères et mères jouiront de la portion qui écherra à leurs enfans, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de quatorze ans. — Nul ne peut avoir droit au partage dans deux communes.

» 8. Les tuteurs ou personnes chargées de l'en-

Source : BIU Cujas

tretien des orphelins, veilleront avec soin à la conservation de la portion qui leur écherra en partage....

» 10. Le ci-devant seigneur, quoiqu'habitant, n'aura point droit au partage, lorsqu'il aura usé du droit de triage, en exécution de l'art 4 du tit. 25 de l'ordonnance de 1669, quand même il aurait disposé de sa portion en faveur des particuliers non seigneurs.....

» 12. Chaque habitant jouira en toute propriété de la portion qui lui écherra dans le partage.

» 13. Il ne pourra cependant l'aliéner pendant les dix années qui suivront la promulgation de la présente loi; et la vente qu'il en pourrait faire, sera regardée comme nulle et non avenue.

» 14. Le parcours ne donne aucun droit au partage.

» 15. Tout acte ou usage qui fixerait une manière de procéder au partage des biens communaux ou patrimoniaux, différente de celle portée par le présent décret, sera regardé comme nul et de nul effet; et il sera procédé au partage dans les formes prescrites par la présente loi.

» 16. La portion de communal qui écherra à chaque citoyen dans le partage, ne pourra être saisie pour dettes même antérieures à la promulgation de la présente loi, pendant les dix ans qui suivront ladite promulgation, excepté pour le paiement des contributions publiques.

» *Sect.* 3, *art.* 1er. Le partage des biens communaux sera facultatif.

» 2. Huit jours après la promulgation de la présente loi, la municipalité dans l'étendue de laquelle est situé le bien communal, ou, à son défaut, l'administration du district, convoquera tous les citoyens ayant droit au partage, dans la forme prescrite pour la convocation des assemblées communales.

» 3. L'assemblée des habitans aura toujours lieu un dimanche.

» 4. L'assemblée des habitans sera tenue suivant les formes établies pour les assemblées communales.

» 5. Tout individu de tout sexe ayant droit au partage, et âgé de vingt-un ans, aura droit d'y voter.

» 6. A l'ouverture de l'assemblée, un commissaire nommé par le conseil général de la commune, donnera connaissance à l'assemblée de l'objet de sa convocation, et fera lecture de la présente loi: après quoi, il sera procédé à la nomination d'un président et d'un secrétaire.

» 7. L'assemblée formée, elle délibèrera d'abord si elle doit partager ces biens communaux en tout ou en partie.

» 8. Les opinions seront recueillies par oui ou par non.

» 9. Si le tiers des voix vote pour le partage, le partage sera décidé.

» 10. Après cette détermination, la délibération qui portera le partage, ne pourra plus être révoquée.

» 11. L'assemblée pourra délibérer la vente ou l'afferme d'un bien communal qui ne pourrait se partager, et dont la jouissance en commun ne serait pas utile à la commune; mais ladite délibération ne pourra avoir son effet qu'après avoir été autorisée par le directoire du département, sur l'avis de celui du district, qui fera constater si ledit bien communal n'est pas susceptible d'être partagé, ou si l'intérêt de la commune en demande la vente ou l'afferme.

» 12. L'assemblée des habitans pourra pareillement déterminer qu'un bien communal continuera à être joui en commun; et dans ce cas, elle fixera les règles qu'elle croira les plus utiles pour en régler la jouissance commune.

» 13. La délibération qui déterminera la jouissance en commun, ne pourra être révoquée pendant l'espace d'une année.

» 14. La délibération qui, dans ce cas, fixera le mode de jouissance, sera transmise au directoire du département, pour y être autorisée sur l'avis du directoire du district.

» 15. Dans le cas où l'assemblée des habitans aura déterminé la jouissance, en commun de tout ou partie d'un communal, les propriétaires non habitans qui jouissaient du droit d'y conduire leurs bestiaux, continueront d'en jouir comme les autres habitans.

» 16. Lorsque le partage sera décidé, l'assemblée procèdera à la nomination de trois experts pris hors de la commune, dont un au moins sera arpenteur, et de deux indicateurs, choisis dans l'assemblée, pour effectuer le partage.

» 17. Cette nomination sera faite à haute voix, et à la pluralité relative des suffrages.

» 18. Si l'assemblée n'a pas terminé ses opérations le dimanche fixé pour sa première séance, elle pourra s'ajourner au dimanche suivant.

» 19. Le procès-verbal de l'assemblée sera dressé en double original, dont l'un sera déposé aux archives de la commune, et l'autre à celle du district....

» 21. Les experts procèderont de suite au partage et à la fixation comparative et proportionnelle de chaque lot, suivant les différentes qualités du sol, avec bornages distinctifs.

» 22. Chaque lot sera numéroté.

» 23. Les experts, conjointement avec les indicateurs, désigneront préalablement les chemins nécessaires pour toutes issues, ainsi que ceux qu'il conviendra de laisser pour les communications intérieures et l'exploitation particulière. Ils désigneront pareillement tous les canaux, fossés d'égouts et autres objets d'art nécessaire et d'une utilité publique, afin qu'ils soient tous soustraits de la masse générale à partager.

» 24. Lesdits experts désigneront pareillement les chemins nécessaires pour parvenir à des marres ou des abreuvoirs communs, reconnus indispensables

Source : BIU Cujas

dans quelques lieux, pour abreuver les bestiaux, et pour d'autres usages d'une utilité générale.

» 25. Ils dresseront procès-verbal de leurs opérations, en double original, qu'ils signeront, ainsi que les indicateurs, et dont un sera déposé aux archives de la commune, et l'autre à celle du district.

» 26. Dès que les experts auront terminé leurs opérations et clos leur procès-verbal, le lot de chacun sera tiré au sort.

» 27. En conséquence, les officiers municipaux feront proclamer, huit jours à l'avance, le jour du tirage, qui sera toujours un dimanche.

» 28. Les numéros correspondans à chaque lot, seront placés dans une urne.

» 29. L'appel se fera par ordre alphabétique, et les officiers municipaux tireront pour les absens.

» 30. Il sera dû tout dressé procès-verbal en double original, dont un sera déposé aux archives de la commune, l'autre à celles du district...

» 36. Il ne pourra être rien changé, à raison de la présente loi, à l'état actuel des chemins vicinaux, connus sous le nom de *voyeux*, voieries, ou autres dénominations quelconques.

» 37. Les revenus provenans, soit du prix des fermes des biens patrimoniaux ou communaux qui ne seraient pas partagés, ou de la vente de ceux que l'assemblée des habitans aurait délibéré et obtenu la permission de vendre, ne seront plus mis en moins imposé, ni employés à l'acquit des charges locales; mais ils seront partagés par tête dans la forme prescrite pour le partage des biens communaux.

» *Sect.* 4, *art.* 2. Lorsque plusieurs communes seront en possession concurremment, depuis plus de trente ans, d'un bien communal, sans titre de part ni d'autre, elles auront la même faculté de faire ou de ne pas faire le partage ou la partition des terrains sur lesquels elles ont un droit ou un usage commun, que les habitans d'une commune relativement au partage de leurs communaux entre eux.

» 3. Dans le cas du partage ou de la partition arrêtée par les communes, elles seront tenues de nommer, de part et d'autre, des experts à l'effet de ce partage. Ces experts dresseront procès-verbal de leurs opérations, lequel sera déposé aux archives du district; et expédition en forme en sera délivrée à chacune des communes copartageantes, pour être aussi déposée dans leurs archives.

» 4. En cas de division entre lesdits experts, il sera procédé sans délai à la nomination d'un tiers-expert par le directoire du département.

» 5. La convention nationale n'entend rien préjuger par le présent décrêt sur les parcours et la vaine pâture dans les lieux où ils sont autorisés par les lois ou les usages...

» 6. Tout partage antérieur à la publication de la présente loi, et contraire à ses dispositions, est déclaré nul et de nul effet.

» 7. Les partages faits en vertu du tit. 1 de la loi du 20 avril 1791, sont maintenus, ainsi que les possesseurs des terrains desséchés et défrichés aux termes et en exécution de l'édit et de la déclaration des 14 juin 1764 et 13 avril 1766...

» *Sect.* 5, *art.* 1. Les contestations qui pourront s'élever, à raison du mode de partage, entre les communes, seront terminées sur simple mémoire, par le directoire du département, d'après l'avis de celui du district.

» 2. Le directoire du département, sur l'avis de celui du district, prononcera pareillement, sur simple mémoire, sur toutes les réclamations qui pourront s'élever à raison du mode de partage des biens communaux.

» 3. Tous les procès actuellement pendans, ou qui pourront s'élever entre les communes et les propriétaires à raison des biens communaux ou patrimoniaux, soit pour droits, usages, prétentions, demandes en rétablissement dans les propriétés dont elles ont été dépouillées par l'effet de la puissance féodale, ou autres réclamations généralement quelconques, seront vidés par la voie de l'arbitrage.

» 4. Les procès qui ont ou qui auront lieu entre deux ou plusieurs communes, à raison de leurs biens communaux ou patrimoniaux, soit qu'ils aient pour objet la propriété ou la jouissance desdits biens, seront terminés pareillement par la voie de l'arbitrage.

» 5. Il sera procédé de la même manière pour les actions exercées ou à exercer par les communes, contre des citoyens, pour usurpations, partages illicitement faits, concessions, défrichemens, desséchemens, et généralement pour toutes les contestations qui auront pour objet les biens communaux ou patrimoniaux ».

II. Le 21 prairial an 4, « considérant que l'exécution de la loi du 10 juin 1793, relative au partage des biens communaux, a donné lieu à de nombreuses réclamations, soit auprès de la convention nationale, soit auprès du corps législatif; que l'examen de toutes les difficultés qu'a fait naître cette loi, et des mesures qui doivent être prises pour concilier le respect dû aux propriétés privées avec l'intérêt public, celui résultant d'un plus grand nombre de défrichemens et de l'amélioration de l'agriculture, exigera une discussion longue, et tous les délais des formes constitutionnelles; qu'il est cependant instant d'arrêter les funestes effets de l'exécution littérale de la loi du 10 juin 1793, dont plusieurs inconvéniens majeurs se sont déjà fait sentir »; le corps législatif a porté une loi ainsi conçue :

« *Art.* 1. Il est sursis provisoirement à toutes actions et poursuites résultant de l'exécution de la loi du 10 juin 1793, sur le partage des biens communaux.

» 2. Sont provisoirement maintenus dans leur jouissance tous possesseurs actuels desdits terrains».

III. Cette loi purement provisoire, et sur l'objet de laquelle on peut voir l'article *Cassation*, §. 5,

Source : BIU Cujas

tome 2, pages 60 et 61, a été suivie, le 9 ventose an 12, d'une loi définitive qui trouve naturellement ici sa place.

« *Art.* 1. Les partages des biens communaux effectués en vertu de la loi du 10 juin 1793, et dont il a été dressé acte, seront exécutés.

» 2. En conséquence, les copartageans ou leurs ayant cause sont définitivement maintenus dans la propriété et jouissance de la portion desdits biens qui leur est échue, et pourront la vendre, aliéner, et en disposer comme ils le jugeront convenable.

» 3. Dans les communes où des partages ont eu lieu sans qu'il en ait été dressé acte, les détenteurs de biens communaux qui ne pourront justifier d'aucun titre écrit, mais qui auront défriché ou planté le terrain dont ils ont joui, ou qui l'auront clos de murs, fossés ou haies vives, ou enfin qui y auront fait quelques constructions, sont maintenus en possession provisoire, et peuvent devenir propriétaires incommutables, à la charge par eux de remplir, dans les trois mois de la publication de la présente loi, les conditions suivantes : — 1° De faire, devant le sous-préfet de l'arrondissement, la déclaration du terrain qu'ils occupent, de l'état dans lequel ils l'ont trouvé, et de celui dans lequel ils l'ont mis; — 2° De se soumettre à payer à la commune une redevance annuelle, rachetable en tout temps pour vingt fois la rente, et qui sera fixée, d'après estimation, à la moitié du produit annuel du bien ou du revenu dont il aurait été susceptible au moment de l'occupation. — Cette estimation sera faite par experts, en la forme légale dans le cours de l'an 12; et le paiement de la redevance courra à compter du 1er vendémiaire an 13. — Un des experts sera choisi par le détenteur du bien communal; le second au nom de la commune, par le sous-préfet de l'arrondissement; et le troisième, par le préfet du département.

» 4. L'aliénation définitive de ces terrains sera faite comme toutes les autres aliénations des biens communaux, en vertu d'une loi qui sera rendue d'après l'exécution des dispositions prescrites par les articles précédens, et qui autorisera les maires des communes à passer le contrat de concession aux frais des concessionnaires. — Neanmoins ces concessionnaires resteront en possession provisoire, jusqu'à l'époque où la loi aura été rendue; à la charge par eux de payer la redevance annuelle, ainsi qu'il est dit ci-dessus.

» 5. Tous les biens communaux possédés, à l'époque de la publication de la présente loi, sans acte de partage, et qui ne seront pas dans le cas précisé par l'art. 3, ou pour lesquelles les déclaration et soumission de redevance n'auront pas été faites dans le délai et suivant les formes prescrites par le même article, rentreront entre les mains des communautés d'habitans. — En conséquence, les maires et adjoints, les conseils municipaux, les sous-préfets et préfets, feront et ordonneront toutes les diligences nécessaires pour faire rentrer les communes en possession.

» 6. Toutes les contestations relatives à l'occupation desdits biens, qui pourront s'élever entre les copartageans, détenteurs ou occupans depuis la loi du 10 juin 1793, et les communes, soit sur les actes et les preuves de partage des biens communaux, soit sur l'exécution des conditions prescrites par l'art. 3 de la présente loi, seront jugées par le conseil de préfecture.

» 7. Quant aux actions que des tiers pourraient avoir à intenter sur ces mêmes biens, le sursis prononcé par la loi du 21 prairial an 4 à toutes poursuites et actions résultant de l'exécution de la loi du 10 juin 1793, est levé.

» 8. En conséquence, toutes personnes prétendant des droits de propriété sur les biens communaux partagés ou occupés par des particuliers, comme biens communaux, pourront se pourvoir par-devant les tribunaux ordinaires pour raison de ces droits; à la charge cependant de justifier qu'elles, ou ceux aux droits de qui elles se trouvent, étaient en possession des biens dont elles répètent la propriété, avant le 4 août 1789, ou qu'à cette époque, il y avait instance devant les tribunaux pour la réintégration. — La prescription, la péremption d'instance, et le délai du pourvoi en cassation, lorsqu'il n'aura pas été échu avant le 21 prairial an 4, ne courront contre elles qu'à dater du jour de la publication de la présente loi.

» 9. Il ne sera prononcé de restitution de fruits en jouissance, ni par les tribunaux en faveur de tiers, dans le cas des répétitions prévues par l'article précédent, ni par les conseils de préfecture en faveur des communes, dans celui mentionné en l'art. 5, qu'à compter du jour de la demande pour les particuliers, et à compter du 1er vendémiaire an 13 pour les communes.

» 10. Ne pourront également les détenteurs actuels ou occupans, même en vertu d'un partage dont l'acte aurait été dressé, qui se trouveront évincés par suite des actions intentées dans l'un ou l'autre cas, répéter, soit à l'égard des communes, soit à l'égard des copartageans, aucune indemnité pour raison de l'éviction qu'ils auront soufferte, à moins qu'ils n'aient fait des plantations et des constructions, auquel cas ils seront indemnisés par la partie, conformément à la dernière disposition de l'art. 548 du Code Napoléon ».

Cette loi a fait naître, dans son application, un grand nombre de difficultés.

Et d'abord, il s'est agi de savoir si elle devait être restreinte aux partages faits en exécution de la loi du 10 juin 1793, et conséquemment après la publication de celle-ci. — Le décret impérial du quatrième jour complémentaire an 13 a levé ce premier doute : « Les dispositions de la loi du 9 ventose an 13 (porte-t-il, art. 1), s'appliquent à tous partages de biens communaux, effectués avant la loi du 10 juin 1793, en vertu d'arrêts du conseil, d'ordonnances des états et autres émanés des autorités compétentes, conformément aux usages établis ».

Source : BIU Cujas

Les autres difficultés roulaient principalement sur le sens que l'on doit attacher, dans l'art. 1er de la loi du 9 ventose an 12, aux mots, *et dont il a été dressé acte.* Résulte-t-il de ces termes qu'il n'y a de maintenus par la loi, que les partages dont il a été dressé des actes parfaitement réguliers, et revêtus exactement de toutes les formes prescrites par la loi du 10 juin 1793? Ou bien le but de la loi, en disant, *et dont il a été dressé acte*, sans s'expliquer sur la forme de l'acte qu'elle exige, est-il de laisser subsister tous les partages de biens communaux, dont il a été dressé des actes même irréguliers, et cependant de nature à ne laisser aucun doute raisonnable, soit sur l'intention des habitans de partager entre eux les biens communaux, soit sur le fait que cette intention a été exécutée par un partage effectif?

Les conseils de préfecture, flottant entre ces deux partis, ne savaient auquel se fixer; et de là, des variétés infinies dans les décisions; de là, des contestations sans nombre.

Le gouvernement avait des idées plus fixes : il n'avait pas oublié qu'en rédigeant la loi du 9 ventose an 12, il ne s'était abstenu de caractériser *l'acte* dont il est parlé dans le premier article, que pour donner à cet article le sens qui favoriserait le plus le maintien des partages. Mais il était impossible d'établir là-dessus une règle assez précise pour embrasser tous les cas. Il a donc fallu se borner à une mesure qui assurât au gouvernement le moyen de réparer toutes les erreurs que les conseils de préfecture pourraient commettre en cette matière, lors même que les parties intéressées, souvent indigentes et presque toujours timides, ne les lui dénonceraient pas. C'est l'objet qu'a rempli l'art. 2 du décret cité :

« Toutes les fois (y est-il dit) que les conseils de préfecture, par suite de l'attribution qui leur est faite dans l'art. 6 de la loi du 9 ventose an 12, connaîtront de contestations en matière de partage de biens communaux, soit antérieurs, soit postérieurs à la date de cette loi, et auront à prononcer sur le maintien ou l'annullation desdits partages, les jugemens rendus par eux, ne pourront être mis à exécution qu'après avoir été soumis à notre conseil d'état, pour être confirmés, s'il y a lieu, par un décret émané de nous, sur le rapport de notre ministre de l'intérieur ». — *V.* ci-après, §. 5, n. 1, l'avis du conseil d'état du 7 mai 1808.

§. V. 1° *Quel doit être aujourd'hui le mode de jouissance des Marais communaux dont le partage n'a pas été fait par acte, en vertu de la loi du 10 juin 1793? Ces Marais peuvent-ils encore être partagés?* — 2° *Sur quel pied doivent-ils l'être entre deux ou plusieurs communes qui les possèdent par indivis et qui veulent sortir de l'indivision?* — 3° *Comment doit-on, en cas de non partage, régler entre les habitans d'une même commune, la jouissance des Marais communaux? Doit-on avoir égard à leurs propriétés foncières respectives? Doit-on la régler par tête d'habitant, ou par tête de chef de famille?*

I. Sur la première de ces questions, il existe un décret impérial du 9 brumaire an 13, qui lève toute espèce de difficulté :

« *Art.* 1. Les communautés d'habitans qui, n'ayant pas profité du bénéfice de la loi du 10 juin 1793, relative au partage des biens communaux, ont conservé, après la publication de cette loi, le mode de jouissance de leurs biens communaux, continueront de jouir de la même maniere desdits biens.

» 2. Ce mode ne pourra être changé que par un décret impérial, rendu sur la demande des conseils municipaux, après que le sous-préfet de l'arrondissement et le préfet auront donné leur avis.

» 3. Si la loi du 10 juin 1793 a été exécutée dans ces communes, et qu'en vertu de l'art. 12, sect. 2, de cette loi, il ait été établi un nouveau mode de jouissance, ce mode sera exécuté provisoirement.

» 4. Toutefois les communautés d'habitans pourront délibérer, par l'organe des conseils municipaux, un nouveau mode de jouissance.

» 5. La délibération du conseil sera, avec l'avis du sous-préfet, transmise au préfet, qui l'approuvera, rejettera ou modifiera, en conseil de préfecture; sauf de la part du conseil municipal, et même d'un ou plusieurs habitans ou ayant droit à la jouissance, le recours au conseil d'état ».

La disposition de l'art. 2 de ce décret est-elle applicable au cas où une commune qui ayant, d'après la loi du 10 juin 1793, mais sans observer les formes prescrites par cette loi, changé son ancien mode de jouissance, voudrait actuellement y revenir? Cette question a été soumise au conseil d'état, qui l'a résolue en ces termes, par un avis du 7 mai 1808, auquel l'Empereur a donné son approbation le 29 du même mois : — « Le conseil d'état....., considérant que l'existence d'un acte relatif au changement intervenu dans le mode de jouissance des biens communaux, si cet acte a été suivi d'une exécution paisible et de bonne foi, doit suffire pour établir le changement du mode de jouissance de ces biens, puisque *l'existence d'un acte de partage, quoique irrégulier dans sa forme, suffit pour faire valider le partage;* — Considérant que, dans ce cas, on a toujours procédé en exécution de la loi du 10 juin 1793, soit qu'on l'ait plus ou moins régulièrement exécutée; — Est d'avis que, lorsqu'en vertu de la loi du 10 juin 1793, il s'est opéré un changement dans le mode de jouissance des biens communaux d'une commune, et que ce changement a été exécuté, les demandes d'un nouveau mode de jouissance doivent être présentées au conseil de préfecture, et soumises de droit, comme les affaires de biens communaux, au conseil d'état ».

Les Marais dans lesquels il existe des tourbières,

Source : BIU Cujas

sont, à cet égard, soumis à des règles spéciales. *V. Tourbe.*

II. La seconde question se réduit à savoir si le partage d'un Marais indivis entre plusieurs communes, doit être fait par portions égales, en ne s'attachant qu'aux communes en elles-mêmes, et en se renfermant dans les règles des sociétés privées; ou si, pour faire ce partage, on doit avoir égard au nombre des habitans respectifs; ou enfin s'il doit être fait *pro modo jugerum*, c'est-à-dire, au prorata des terroirs respectifs des communes copartageantes.

De ces trois partis, M. Chauvelin, intendant d'Artois, avait adopté le premier, par une ordonnance du 1er juin 1744, rendue entre les communes de Harnes, d'Annay et de Loison; mais sur l'appel qui en fut interjeté au conseil, elle y fut réformée par arrêt du 5 août 1748; et il fut dit que le partage se ferait à proportion des sommes que chaque commune payait annuellement aux États de la province, suivant ses cahiers de *centièmes*, qui étaient des impositions réelles et calquées sur l'étendue du terroir. Cette décision était conforme au sentiment des auteurs qui avaient écrit sur cette matière, notamment de Leiserus, *jus georgicum*, page 279, n. 8; de Simon de Monte, *de finibus regundis*, page 173, n. 20; et de Stephanus, *decis.* 9, page 25, n. 5.

On a vu plus haut, §. 2, n. 4, que les lettres-patentes données pour la Flandre gallicane, le 27 mars 1777, avaient voulu au contraire, art. 1 et 2, qu'en cas d'indivision d'un Marais entre plusieurs communes, il serait partagé entre elles à raison des ménages dont elles étaient respectivement composées, en sorte que celle qui avait une fois plus de feux que les autres, eût une part double.

Et c'est ainsi que l'on doit actuellement procéder dans toute la France. C'est ce qui résulte d'un avis du conseil d'état du 4 juillet 1807, approuvé par l'Empereur le 20 du même mois: — « Le conseil d'état, qui, d'après le renvoi ordonné par sa majesté, a entendu le rapport de la section de l'intérieur sur celui du ministre de ce département, sur la question de savoir quelle sera la base d'après laquelle deux communes propriétaires par indivis d'un bien communal, et qui veulent faire cesser cet indivis, doivent le partager entre elles, est d'avis que ce partage doit être fait en raison du nombre de feux par chaque commune, et sans avoir égard à l'étendue du territoire de chacune d'elles ».

III. Notre troisième question est décidée par la loi du 10 juin 1793: cette loi veut que les habitans partagent entre eux par tête. Mais sa disposition, faite uniquement pour les partages auxquels il serait procédé d'après la faculté qu'elle en accordait à toutes les communes, ne peut plus faire loi, ni pour les partages qui peuvent encore avoir lieu de l'autorité du gouvernement, ni pour le mode de jouissance dans le cas de non partage. — La question reste donc entière.

Les lettres-patentes du 27 mars 1777 et du 13 novembre 1779 avaient adopté, comme on l'a remarqué ci-dessus, §. 2, n. 4 et 5, le partage par *portions ménagères*, ou, ce qui est la même chose, par tête de *chef de famille*.

Mais la jurisprudence normande était invariablement fixée pour le partage *pro modo jugerum*. Écoutons Houard, *dictionnaire de Droit normand*, au mot *Communes*:

« En 1747, il s'éleva une question sur le point de savoir si des Marais communs devaient se partager par tête entre les communiers, ou si le partage devait en être fait à proportion des fonds d'un chacun. — Cette question dépendait de cette autre, si le droit des communiers était réel ou personnel, c'est-à-dire, un droit attaché aux personnes, auquel cas le partage devait se faire par tête; ou un droit attaché aux fonds, parcequ'alors le partage devait être proportionné à leur valeur et à leur quotité. — Il est évident que ça été pour nourrir le bétail d'une paroisse, que, dans la division originaire des fonds, on a laissé une partie pour l'usage commun, partie dont personne en particulier ne pouvait disposer. — Mais dès que c'est un fait attesté par l'histoire, que le droit de chaque usager a pour principe la nourriture des bestiaux; comme celui qui n'a point de fonds, ne peut pas avoir de bétail, qu'il n'a besoin ni de fourrage ni d'herbage pour le nourrir, ce n'est donc pas pour lui que le fonds a été concédé. Le droit d'usage est donc réel, attaché aux fonds de la paroisse, si réel qu'il passe aux acquéreurs, hors le cas de rétention par le vendeur; c'est par conséquent la proportion relative aux fonds qui doit servir de règle. — En adoptant le partage par tête, il faudrait multiplier les lots à mesure que les familles se multiplieraient; plus une famille serait nombreuse, et plus sa part dans le bien commun serait considérable, n'eût-elle pas une perche de terre; tandis que celui qui posséderait une grande étendue de fonds, n'aurait presque rien. — L'édit du mois d'avril 1667, portant pouvoir aux communautés de rentrer en possession des biens qu'elles avaient aliénés, en remboursant les acquéreurs, est bien éloigné de l'idée du partage par tête, puisqu'on y lit que les *communes ont été concédées par forme d'usage seulement, pour demeurer inséparablement attachées aux habitations des lieux, pour donner moyen aux habitans de nourrir des bestiaux, et de fertiliser leurs terres par les engrais.* — L'habitant qui ne possède qu'une vergée de terre, n'ayant pas besoin d'autant d'engrais pour fertiliser son petit champ, que celui qui possède cent acres de terres, ne doit pas avoir conséquemment autant de bestiaux que ce dernier, ni une aussi grande part dans l'usage commun du Marais. Ces termes, *inséparablement attachées aux habitations des lieux*, insérés dans l'édit, prouvent encore la réalité du droit d'usage. — Son dispositif porte d'ailleurs que chaque habitant sera tenu de contribuer au rachat du bien commun aliéné, à proportion

Source : BIU Cujas

des biens qu'il se trouvera posséder dans la paroisse : d'où on est forcé d'inférer que l'aliénation, à l'égard de chaque habitant en particulier, ne lui avait, lors de l'édit, causé, aux yeux du législateur, qu'un préjudice proportionné à la quantité de ses fonds ; autrement, sa majesté n'aurait pas reglé la contribution relativement à ces fonds ; le nombre des têtes aurait été la règle. — L'ordonnance de 1669 suppose et sous-entend, non seulement le partage proportionnel aux fonds, mais elle le prescrit expressément dans l'art. 7 du tit. 25 : *Si, dans les pâtures communes qui appartiennent aux habitans, il se trouve quelques endroits inutiles et superflus, dont la communauté pût profiter, sans incommoder le pâturage, ils pourront être donnés à ferme...., et le prix en serait employé aux réparations des paroisses, ou aux affaires urgentes de la communauté.* — Il est clair que cette loi prescrit la proportion foncière, puisque les réparations des paroisses, ainsi que les cotisations pour la nourriture des pauvres, sont des charges réelles auxquelles chaque paroissien est tenu de contribuer, à proportion de ses héritages : aussi la question a-t-elle été décidée au conseil, le 2 mars 1715, au sujet de la contribution que chacun devait fournir pour les réparations à faire au Pont-au-Douet, pour l'écoulement des eaux d'une rivière qui inondait un Marais ; l'arrêt ordonna que chaque propriétaire contribuerait, et que la contribution d'un chacun serait réglée à proportion de ses fonds, tant communs que particuliers. — De tous les arrêts du parlement (de Rouen), nous n'en connaissons pas un seul qui n'ait proportionné l'usage des communes aux fonds de chaque usager. Nous ne citerons que l'arrêt de Cléville, du 2 avril 1737. Les habitans de Cléville avaient fait une délibération par laquelle ils avaient arrêté que chaque usager ne pourrait mettre dans le Marais que le nombre des bestiaux qu'il aurait hébergés, et qui y auraient passé l'hiver. Ils en demandèrent l'homologation à la cour, qui ne l'homologua et n'en ordonna l'exécution, qu'après avoir réglé l'usage, non à proportion des bestiaux passés d'hiver, mais à proportion des fonds d'un chacun ».

Houard ajoute que « pareil arrêt a été rendu le 9 mars 1747 ». Il ne s'explique pas davantage sur cet arrêt ; mais j'en ai trouvé une expédition dans une affaire qui a été portée au conseil d'état en 1806 ; et voici ce que j'en ai extrait.

Dans la vallée d'Aure, arrondissement de Bayeux, sont situés de vastes pâturages, connus sous le nom de *Marais d'Ecrameville*. — De temps immémorial, les *propriétaires possédant maison et héritages* dans la commune d'Ecrameville, étaient en possession de mettre pâturer leurs bestiaux dans les Marais du lieu, *à la proportion des héritages qu'ils possédaient en icelle paroisse*. Ce sont les propres termes d'un arrêt du parlement de Rouen, du 5 février 1609, qui confirme l'ancien usage en faveur du nommé Renouf-Gavarre, et dans lequel sont visées des pièces semblables bien plus anciennes encore. — Mais cette proportion des héritages était alors réglée sur le nombre de bestiaux qui *hébergeaient* l'hiver dans le domaine de chaque habitant propriétaire, et elle était sujette à des fraudes qui occasionnaient des contestations fréquentes. — Pour les faire cesser, le parlement de Rouen rendit, le 9 mars 1747, un arrêt par lequel, après avoir visé celui de 1609, et plusieurs sentences qui y étaient conformes, il ordonna que les habitans propriétaires continueraient de jouir des Marais d'Ecrameville, « en proportion du plus ou moins de valeur des fonds à eux appartenans ; à laquelle fin, procès-verbal de la valeur desdits fonds serait fait par experts convenus entre les parties, ou nommés d'office, pour fixer la part et portion que chacun doit avoir dans la jouissance commune ».

Ces dispositions furent exécutées et le procès-verbal des experts fut homologué par une sentence du 25 février 1749.

Mais la loi du 10 juin 1793 introduisit un nouveau mode de jouissance. La commune assemblée, en exécution de cette loi, arrêta que les Marais ne seraient point partagés, et que tous les habitans en jouiraient par tête. — Après la publication de la loi du 9 ventose an 12, le conseil municipal prit une délibération par laquelle il rétablit l'ancien mode de jouissance, calqué sur la propriété. — Le conseil de préfecture du département de la Manche homologua cette délibération. — Mais les habitans non propriétaires s'étant pourvus au conseil d'état, un décret impérial du 20 juin 1806 a annullé et la délibération de 1793 et celle de l'an 12, et a ordonné que le nombre de feux ou de chefs de famille servirait à l'avenir de base pour le mode de jouissance des Marais d'Ecrameville.

Ainsi, le gouvernement a décidé que le mode de partage qui avait été fixé pour la Flandre par les lettres-patentes de 1777, et pour l'Artois par celles de 1779, était conforme aux vrais principes et devait être observé dans toute la France.

Voici une autre espèce dans laquelle la même règle a été consacrée de la manière la plus précise.

Dans le territoire de Longueville, arrondissement de Bayeux, département du Calvados, se trouve un Marais communal, dont une partie produit du fourrage, et l'autre sert au pâturage commun des bestiaux. — De temps immémorial, les propriétaires des biens situés dans ce territoire, étaient en possession exclusive de se distribuer le foin et de mettre leurs bestiaux dans le pâturage, proportionnellement à l'étendue des propriétés de chacun. — Inquiétés dans cette possession en 1424, ils y furent maintenus par une ordonnance du commissaire-réformateur des eaux et forêts du 16 janvier 1425 ; ils le furent également par une sentence de la maîtrise des eaux et forêts de Bayeux, et par un arrêt du parlement de Rouen du 4 mai 1715, rendu sur l'appel de cette sentence.

Source : BIU Cujas

Après la promulgation de la loi du 10 juin 1793, les habitans de Longueville, désirant profiter du bénéfice de cette loi, nommèrent des experts-arpenteurs et indicateurs, pour procéder au partage du Marais ; mais la division n'a pas été faite : seulement le mode de jouissance a été changé, et il a été réglé que désormais les produits seraient partagés par tête d'habitans et par portions égales.

Ce règlement, quoique non approuvé, comme il eût dû l'être, aux termes de l'art. 14 de la sect. 3 de la loi citée, par l'administration du département, sur l'avis de celui du district, a été paisiblement exécuté jusqu'en floréal an 12. — A cette époque, le conseil municipal de la commune, croyant trouver dans le décret impérial du 9 brumaire an 13, sur le mode de jouissance des biens communaux, un moyen de rappeler l'ancien usage, a fait un projet de règlement dont la base était que le Marais appartenait aux propriétaires de la commune, et non à la commune elle-même: sur ce fondement, il a divisé les propriétaires en deux classes, celle d'habitans et celle de non habitans, et il leur a attribué des droits de jouissance proportionnés à la quotité de leur contribution foncière. Il a ensuite présenté ce règlement à la sanction du conseil de préfecture du département.

Le sieur Picart et quelques autres habitans ont réclamé contre ce projet de règlement : ils ont prétendu que la loi du 10 juin 1793 avait rendu tous les habitans propriétaires par indivis, chacun à raison d'une portion virile du Marais, et ont demandé à être maintenus dans leur possession.

Le 7 floréal an 13, le conseil de préfecture prend un arrêté ainsi conçu :

« Lecture prise des pétitions et pièces y jointes par les parties, les questions à décider ont paru consister dans celle de savoir, — 1° Si le projet de partage exprimé dans les délibérations prises par les habitans de Longueville, les 18 septembre 1793 et 30 pluviose an 2, ont suffi pour valider le mode de jouissance dont Picard, Bidot, Pain et autres habitans demandent le maintien ; 2° — Si, en supposant la négative, il y a lieu d'homologuer le règlement arrêté dans la séance du conseil municipal de Longueville le 13 floréal an 12. — Sur quoi, ouï le rapport d'un de ses membres ..... ; — Considérant, sur la première question, que la loi du 10 juin 1793 avait donné à ceux qu'elle appelait à la propriété et possession des biens communaux, la faculté de les partager ou d'en jouir en commun ; le choix qui pouvait être fait de l'un ou de l'autre de ces pouvoirs était soumis à des règles qu'il ne faut pas confondre, et que la législation a toujours distinguées. — La prétention formée par Picard et joints, ne pourrait être fondée, qu'autant que le partage qu'ils invoquent, porterait les caractères déterminés par les art. 1er et 3 de la loi du 9 ventose an 12; et les délibérations préparatoires qu'ils représentent, n'offrent rien de consommé avec ou sans écrit. — Il est vrai que les art. 12 et suivans de la troisième section du décret du 10 juin 1793, autorisaient les communautés d'habitans à délibérer la jouissance en commun de leurs propriétés ; mais ces articles avaient établi des formes étrangères à celles indiquées pour opérer les partages : ces formes n'ont point été observées ; la loi précitée est donc restée sans exécution, tant relativement au partage qu'au mode de jouissance que les habitans de Longueville pouvaient délibérer. — Considérant, sur la seconde question, que d'après l'absence d'aucun mode valablement établi en exécution de la loi du 10 juin 1793, il est incontestable que celui qui existait avant sa promulgation, doit être maintenu : il consistait, d'après ce qui est universellement reconnu, dans une répartition des fruits de la chose commune, comparativement faite avec les propriétés foncières. — Le projet de règlement offert à l'homologation, repose, à la vérité, sur les bases qui constituaient l'ancien ; mais il en diffère dans la fixation de la part des fruits qu'il destine à chaque habitant. — Cette différence établit un changement que le gouvernement peut seul approuver ou rejeter, conformément aux dispositions de l'art. 2 de la loi du 9 brumaire dernier; sauf néanmoins les considérations d'utilité publique, qui pourraient porter M. le préfet à autoriser l'exécution provisoire de ladite délibération du 13 floréal an 12 ; par ces motifs, le conseil arrête : — » *Art.* 1. Il n'y a lieu à délibérer sur la demande formée par Picard et joints. — 2. L'ancien mode de jouissance des biens communaux de Longueville, qui consistait à distribuer les foins et à introduire des bestiaux au pâturage, en proportion des héritages appartenans à chaque propriétaire, est maintenu ; sauf tous changemens et modifications qui pourraient y être apportés par l'autorité compétente.... »

Le sieur Picard et consorts se sont pourvus contre cet arrêté auprès de l'Empereur. Ils ont exposé, dans leur pétition, qu'il n'avait pas été fait de partage régulier en exécution de la loi du 10 juin 1793 ; qu'il n'y avait eu, d'après cette loi, qu'un changement dans le mode de jouissance ; qu'à la vérité, ce changement n'avait pas été revêtu des formes légales, et qu'il était nul ; mais que si de là il résultait que la commune de Longueville se trouvait dans le cas prévu par l'art. 1er du décret du 9 brumaire an 13, il en résultait aussi que, d'après l'art. 2 du même décret, il n'appartenait pas au conseil de préfecture de rétablir l'ancien mode de jouissance du Marais, et que ce droit était expressément réservé à l'Empereur; qu'au fond, il s'agissait d'examiner si les biens communaux appartenaient à la commune ou aux propriétaires ruraux, et si la loi du 10 juin 1793 n'avait pas détruit les inductions qu'on pouvait tirer, en faveur de ceux-ci, des sentences de 1425 et 1695, et de l'arrêt du parlement de Rouen de 1715 ; et que cette question n'en était plus une, depuis que le décret

Source : BIU Cujas

impérial du 20 juin 1806 l'avait décidée, dans la même espèce et dans les mêmes circonstances, en faveur de la commune d'Ecrameville.

En conséquence, décret du 2février 1808, qui porte :

« Napoléon...., sur le rapport de notre ministre de l'intérieur, notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit : — *Art.* 1. L'arrêté du conseil de préfecture du département du Calvados, en date du 7 floréal an 13, portant que l'ancien mode de jouissance des Marais de la commune de Longueville, arrondissement de Bayeux, c'est-à-dire, la répartition du produit de ces Marais entre les propriétaires, proportionnellement à l'étendue de leurs propriétés, serait rétablie, et que le règlement proposé à ce sujet par le conseil municipal, serait exécuté, est annullé. — 2. La répartition des produits des Marais de Longueville aura lieu désormais par feux ou chefs de famille ».]]

Nous reviendrons sur cette matière, aux articles *Partage*, §. 10, et *Usage* (*droit d'*), §. 3.

§. VI. *Dispositions des lois nouvelles sur le dessèchement des Marais appartenans à l'État, aux communes et aux particuliers.*

L'assemblée constituante, « considérant qu'un de ses premiers devoirs était de veiller à la conservation des citoyens, à l'accroissement de la population, et à tout ce qui peut contribuer à l'augmentation des subsistances, qu'on ne peut attendre que de la prospérité de l'agriculture, du commerce et des arts utiles, soutiens des empires ; — Que le moyen de donner à la force publique tout le développement qu'elle peut acquérir, est de mettre en culture toute l'étendue du territoire ; — Qu'il est de la nature du pacte social que le droit sacré de propriété particulière protégé par les lois, soit subordonné à l'intérêt général ; — Enfin qu'il résulte de ces principes éternels que les Marais, soit comme nuisibles, soit comme incultes, doivent fixer toute l'attention du corps législatif » ; — A rendu, le 24 août et le 26 décembre 1790, un décret qui a été sanctionné le 5 janvier 1791, et dont voici les dispositions :

« *Art.* 1. Les assemblées de départemens et leurs directoires s'occuperont des moyens de faire dessécher les Marais, les lacs et les terres de leur territoire habituellement inondées, dont la conservation dans l'état actuel, ne serait pas jugée plus utile au bien général, et d'une utilité préférable au dessèchement, pour les particuliers ou pour les communautés dans l'arrondissement desquelles ces terres seront situées, en commençant, autant qu'il sera possible, ces améliorations, par les Marais les plus nuisibles à la santé, et dont le sol pourrait devenir le plus propre à la production des subsistances ; et chaque directoire de département emploiera les moyens les plus avantageux aux communautés pour parvenir au dessèchement de leurs Marais.

» 2. Les municipalités enverront, sous trois mois, au directoire de leur district, un état raisonné des Marais ou terres inondées dans leur arrondissement ; et le directoire de district le fera passer dans le mois avec ses observations au directoire du département. Cet état contiendra les noms des propriétaires, la situation et l'étendue de ces terrains, les causes de leur submersion, le préjudice qu'ils portent au pays, les avantages qu'il pourrait retirer de leur culture, les moyens d'effectuer le dessèchement, et l'aperçu des dépenses qu'il exigera.

» 3. Les directoires de département communiqueront les états et les mémoires qui leur auront été adressés, à toutes personnes qui voudront en prendre connaissance ; ils feront vérifier sur le lieu, de la manière qui leur conviendra, la nature des Marais dont le dessèchement leur sera indiqué, et les observations des mémoires qui les concerneront. Le procès-verbal en sera rendu public par la voie de l'impression, envoyé à toutes les municipalités du district ; et le rapport de tous les mémoires, ainsi que le procès-verbal de vérification, sera fait le plus tôt possible au directoire du département.

» 4. Lorsque le directoire du département aura déterminé, pour le bien général, de faire exécuter le dessèchement d'un Marais des domaines nationaux, des communautés, ou des particuliers, le propriétaire de ce Marais sera requis de déclarer dans l'espace de six mois, s'il veut le faire dessécher lui-même, le temps qu'il demande pour l'opérer, et les secours dont il a besoin pour cette entreprise. L'assemblée nationale, comme conservatrice des biens nationaux, tant qu'ils ne seront pas vendus, décidera seule de ce qui les concernera ; et le conseil général des municipalités déclarera ce qu'il croira être le plus utile pour les Marais des communautés. Le directoire de département pourra, suivant les circonstances, ou l'étendue des Marais, accorder un délai au propriétaire ; et dans tous les cas, il fera connaître au propriétaire du Marais, s'il peut lui procurer les secours qu'il réclame.

» 5. Si les propriétaires renoncent à faire eux-mêmes le dessèchement de leurs Marais, ou s'ils ne remplissent pas l'engagement qu'ils auront contracté de les faire dessécher aux termes convenus, le directoire de département fera exécuter le dessèchement en payant aux propriétaires la valeur actuelle du sol du Marais à leur choix, soit en argent, soit en partie du terrain qui sera desséché ; le tout à dire d'experts, dont l'un sera nommé par le procureur-syndic du district l'autre par le propriétaire. Si le directoire du district, instruit par ses experts, trouve que le dédommagement accordé au propriétaire, n'est pas assez considerable par la

Source : BIU Cujas

nature de son terrain, et les améliorations dont il est susceptible, il pourra prendre tel autre arrangement qui lui paraîtra plus juste; augmenter d'un quart, d'un tiers ou de plus le dédommagement, en ne dépassant cependant jamais le double de la valeur actuelle du terrain. — En cas de refus, de la part du propriétaire, de nommer un expert, il en sera nommé un d'office par le directoire du district; s'il y a partage entre les experts, ils nommeront entre eux un tiers pour le lever. Le propriétaire pourra contester l'avis des experts, s'il se croit lésé; et en ce cas le directoire du district prononcera sur ses prétentions, sauf au propriétaire à se pourvoir contre la décision du district au directoire du département, lequel statuera définitivement.

» 6. Avant que le directoire du département prononce qu'il va faire procéder à l'adjudication du dessèchement d'un Marais, si ce Marais est indivis, tout copropriétaire pourra en entreprendre le dessèchement entier, au refus des autres propriétaires d'y coopérer; il leur remboursera à leur choix leur portion suivant les formes et conditions énoncées dans l'article précédent, et les experts seront nommés en égal nombre par les parties.

» 7. Quand le directoire du département sera déterminé, pour le bien général, à effectuer le dessèchement d'un Marais, il fera procéder trois fois, de quinze jours en quinze jours, aux enchères, au rabais du dessèchement dudit Marais. L'adjudication sera annoncée dans toutes les municipalités du département, par des affiches explicatives des diverses charges et conditions; les adjudications se feront au chef-lieu du district, en présence d'un des administrateurs du département, des membres du directoire du district et d'un officier municipal du lieu où sera situé le Marais; à la troisième séance, le dessèchement sera adjugé définitivement au particulier ou à la société qui conviendra de s'en charger, à la condition la plus avantageuse au département, soit par argent, soit plutôt par l'abandon d'une partie du Marais à dessécher.

» 8. L'entrepreneur, quel qu'il soit, s'obligera d'indemniser d'avance, à dire d'experts, les propriétaires riverains pour les divers dommages bien constatés qu'ils éprouveront des travaux du dessèchement; et il donnera une caution solvable, dont la décharge n'aura lieu qu'après le ressuiement total du Marais. Le directoire du département accordera toutefois à l'entrepreneur les facilités que les circonstances et les localités permettront, et il encouragera par une prime déterminée et proportionnée à la difficulté de l'opération, ou par la récompense d'une petite propriété dans le terrain desséché, en outre du salaire journalier, les ouvriers qui se seront distingués par leur constance et leur activité dans le dessèchement d'un Marais.

» 9. Si par le marché fait avec l'entrepreneur du dessèchement d'un Marais, il reste au domaine public une partie du terrain desséché, le directoire du département vendra incessamment cette partie du terrain, en la divisant, autant qu'il sera possible, par petites propriétés; et le produit de ces ventes sera versé dans le trésor public.

» 10. Les directoires des départemens sont autorisés à vendre, après le dessèchement, les parties de Marais devenues domaines publics, à des ouvriers ayant le moyen de défricher eux-mêmes. La forme de la vente sera une redevance amortissable par huitième de la totalité du prix du terrain accordé; enfin les directoires de département sont autorisés à n'imposer à ces ouvriers entrepreneurs pour le remboursement, que telle condition paternelle qu'ils jugeront à propos.

» 11. A l'avenir, la cotisation des Marais qui seront desséchés, ne pourra être augmentée pendant les vingt-cinq premières années après leur dessèchement, suivant l'art. 5 du décret du 4 novembre 1790, sur la contribution foncière; leur taxe pourra n'être que de trois deniers par arpent, mesure d'ordonnance, conformément à l'art. 2 du même décret; et les terrains précédemment desséchés conformément à l'édit de 1764, et autres sur les dessèchemens, jouiront de l'avantage de ne payer qu'un sou par arpent jusqu'au temps où l'exemption d'impôt devoit cesser, comme il est dit à l'art. 13 de ce même décret.

» 12. Les propriétaires des terrains qui seront pris pour le passage des eaux ou autres travaux nécessaires aux dessèchemens, seront préalablement indemnisés à dire d'experts, comme il est dit en l'art. 8 du présent décret; et dans le cas où les propriétaires n'auraient pas qualité suffisante pour recevoir l'indemnité, le montant pourra être déposé dans les mains du receveur du district. Seront pareillement indemnisés, s'il y a lieu, les propriétaires des digues, usines et moulins dont la suppression serait nécessaire aux dessèchemens.

» 13. Les directoires de district et les municipalités prendront connaissance et rendront compte, sous trois mois du jour de la publication du présent décret, au directoire du département, de l'étendue et de la légitimité des concessions de Marais, faites dans leur arrondissement, par les rois, par les provinces, par les particuliers, ou par les communautés d'habitans, à la charge de les dessécher. Si le dessèchement n'a pas été effectué au moins à moitié, les anciens propriétaires rentreront dans lesdits Marais à l'époque de rigueur qui sera fixée par le directoire du département; et dans le cas où le dessèchement aurait été troublé par les contestations des propriétaires riverains, ou par quelque cause que ce puisse être, les concessionnaires seront obligés de poursuivre sans délai la levée des empêchemens, de continuer ensuite le dessèchement, et d'y travailler sans relâche jusqu'au parfait ressuiement du Marais, sous peine de perdre définitivement lesdites concessions.

Source : BIU Cujas

» 14. En cas de contestations sur la propriété, ou de prétentions d'usage ou de toute servitude sur les Marais dont le dessèchement devra être entrepris aux termes et conditions du présent décret, il sera dressé procès-verbal par deux commissaires nommés par le directoire de district, des prétentions, titres et moyens respectifs des parties, lequel sera rapporté, ensemble l'avis des commissaires du directoire du département, pour y être statué sur leurs contestations par voie de conciliation, sauf aux parties à se pourvoir devant le tribunal du lieu; mais dans tous les cas, il leur est défendu, et à qui que ce soit, de mettre obstacle au dessèchement des Marais, et d'en troubler les entreprises, sous les peines infligées aux auteurs des délits commis sur les ateliers nationaux, et sur les propriétés publiques ».

Cette loi étant restée sans exécution, non seulement par l'effet des grands evènemens politiques qui l'avaient suivie, mais encore par celui du vice du système qu'elle avait adopté, l'Empereur en a fait proposer une nouvelle et toute différente, à la séance du corps législatif, du 9 septembre 1807.

Voici comment les motifs de cette loi ont été présentés par l'orateur du gouvernement, M. Montallivet, conseiller d'état, directeur général des ponts et chaussées :

« Préserver une population nombreuse des funestes influences de l'air vicié des Marais, rendre à l'agriculture de vastes portions de territoire, de tels bienfaits devaient être l'objet des méditations du genie qui nous gouverne.

» Depuis plusieurs siècles on ne conteste plus la grande utilité des dessèchemens; mais il est nécessaire, pour les effectuer, de concilier des intérêts tellement divers en apparence, qu'on ne saurait être surpris, bien que toutes les tentatives déjà faites ne soient pas restées sans quelques résultats, qu'elles aient manqué du moins l'objet général que l'on s'était proposé.

» Parmi les causes du peu de succès qu'ont obtenu les lois rendues depuis Henri IV jusqu'à la révolution, on a pu compter la résistance des grands corps de l'État et de quelques propriétaires puissans; mais ces obstacles avaient disparu, et cependant la loi de 1791 n'a point eu les heureux effets dont s'étaient flattés ses auteurs.

» Un défaut de succès si constant annonçait un vice originaire qu'il était essentiel de découvrir pour le faire disparaître. — D'une part, on n'avait pas assez respecté la propriété; de l'autre, des propriétaires avaient trop ignoré que la possession des Marais doit être assujettie à des règles particulières. — Dans le système des lois les plus anciennes, la moitié des fonds desséchés a dû être délaissée à l'entrepreneur du dessèchement; peu importait qu'il convînt au propriétaire de garder la totalité de ses terres, que l'amélioration n'eût été que d'une très legère importance: cette inflexible proportion de la moitié ne se modifiait par aucun motif de convenance, par aucune règle de justice. — Les nombreuses difficultés survenues entre les concessionnaires de dessèchemens et les propriétaires de Marais, forcèrent à chercher d'autres moyens. — Dès le commencement du dix-septième siècle, on autorisa les entrepreneurs de dessèchement à exproprier les possesseurs, en leur payant le prix des Marais à dessécher. Mais c'était heurter plus directement encore toutes les habitudes, tous les droits de la propriété; c'était donner de nouvelles armes à tous les genres de résistance. Le petit propriétaire dépossédé se voyait sans asile; il était sûr de trouver un appui chez le propriétaire plus considérable, qui, froissé dans ses propres intérêts, couvrait sa défense du prétexte honorable de soutenir la faiblesse opprimée. — D'ailleurs, quelle fortune ne fallait-il pas à un entrepreneur de dessèchement pour dépenser un prix d'acquisition de grands capitaux, au moment même où il avait besoin de toutes ses ressources pour l'exécution des travaux?

» Ce faux principe de l'expropriation préalable a été de nouveau consacré par la loi de 1791; ainsi, un remède extrême, une ressource dernière qu'il peut être utile de se réserver pour punir une résistance coupable, était devenu la base fondamentale du système. — La loi de 1791 mettait toutes les mesures d'exécution dans les mains d'assemblées délibérantes; l'assemblée nationale elle-même devait nécessairement intervenir dans chaque entreprise où des biens dépendans du domaine étaient intéressés. On n'avait pas fait encore l'expérience de l'impossibilité d'obtenir de prompts résultats par de semblables moyens.

» Cependant, cinq à six cens mille hectares de Marais continuaient de diminuer la population et le sol cultivable de la France. — L'Empereur a fixé son attention sur cet état de choses; dès-lors, il a dû changer. — Déjà de grands travaux sont entrepris aux frais de l'État; les Marais du Cotentin, ceux de Rochefort, ceux d'Arles se dessèchent. — Des concessions particulières assurent les mêmes améliorations aux Marais d'Aigues-Mortes et de Bourgoin. L'étang de Marseillette a disparu; de riches moissons croissent où l'on voyait ses eaux. — L'achèvement de telles entreprises illustrerait un règne ordinaire; mais pour notre souverain, ce ne sont que des essais. — S. M. veut que toutes les parties de la France participent à de si grands bienfaits.

» En fixant son attention sur les défauts de la législation actuelle, S. M. a remarqué qu'il était indispensable d'éclairer d'abord les possesseurs de Marais sur la nature d'une propriété qui est trop intimement liée à l'intérêt général, à la santé, à la vie des hommes, à l'accroissement des produits du territoire, pour n'être pas régie par des règles particulières, pour n'être pas immédiatement sous l'autorité de l'administration publique. — Ainsi, tout homme, en acquérant ou en recevant la transmission d'un Marais, en le calculant dans la masse

Source : BIU Cujas

de ses possessions, saura désormais que ce genre de propriété diffère essentiellement de tout autre.

» Le principe posé, le gouvernement remplira un devoir, plus qu'il n'exercera un droit, en prescrivant le dessèchement de tel ou tel Marais.

» Lorsque tous les propriétaires intéressés seront d'accord pour faire un dessèchement, il est naturel et juste de les préférer ; mais des précautions doivent être prises pour diminuer le temps et le danger des travaux, pour s'assurer qu'ils auront l'effet qu'il importe d'obtenir. C'est au gouvernement à prescrire les moyens les plus convenables ; et les propriétaires, comme tous autres entrepreneurs de dessèchement, doivent être astreints à s'y conformer. — Lorsque la diversité d'opinions ou d'intérêts, ou toute autre cause, divisera les propriétaires d'un Marais, le gouvernement fera exécuter le dessèchement aux frais de l'État, ou concèdera à certaines conditions le droit de l'exécuter. — En cas de concession, si quelques uns des propriétaires offrent des conditions aussi avantageuses que des non-propriétaires, ceux-là seront préférés. — Ainsi, la loi porte l'empreinte de la faveur due au titre de propriété; mais cette faveur cesse lorsque l'intérêt public l'exige.

» C'est d'après cette juste faveur, que dans les deux cas d'entreprise aux frais de l'État ou de concession, les propriétaires ne seront plus évincés d'une partie de leurs terres; ils seront tenus seulement d'assurer une juste indemnité aux entrepreneurs des travaux.

» La valeur réelle des Marais sera d'abord constatée avec toutes les précautions qui peuvent garantir une estimation exacte : cette valeur est la vraie propriété des possesseurs ; elle leur restera toujours et sans aucune altération.

» Après l'achèvement des travaux, une autre expertise aura lieu : la valeur nouvelle sera constatée avec le même soin qu'on a mis à fixer l'ancienne ; de la comparaison entre la valeur antérieure et celle postérieure au dessèchement, résultera la connaissance positive de l'augmentation due aux travaux. Cette plus-value seule deviendra passible de l'indemnité allouée à l'entrepreneur ; presque toujours une portion, et souvent une portion considérable de la plus-value, restera au propriétaire, qui s'acquittera à son gré envers l'entrepreneur, ou au moyen du paiement de la rente à quatre pour cent du capital de l'indemnité, c'est-à-dire, sans nulle gêne et par la simple remise annuelle d'une partie de l'accroissement des produits ; ou en payant le capital même, c'est-à-dire, en faisant l'emploi d'argent le plus avantageux et le plus à sa convenance ; ou enfin, s'il le préfère, et alors seulement, en abandonnant une part de propriété. — Il était difficile de réunir plus de combinaisons favorables aux propriétaires.

» Lorsque l'État dessèchera à ses frais, il assurera son remboursement sur la plus-value, disposition heureuse qui garantit les plus grandes améliorations, puisque le même capital portera successivement la vie et la fertilité dans vingt contrées différentes que l'économie des deniers publics aurait forcé de négliger, s'il avait fallu décupler deux fois un premier sacrifice.

» Lorsque le gouvernement concèdera l'entreprise d'un dessèchement, les plans exacts qui précèderont toujours la concession, donneront un aperçu de l'amélioration à obtenir ; et les conditions accordées au concessionnaire seront calculées de manière à lui assurer seulement un juste bénéfice. Ainsi, selon les circonstances, il obtiendra le quart, la moitié, les trois quarts ou toute autre proportion dans la plus-value, de manière à laisser au propriétaire toute la part d'amélioration qui n'est pas nécessaire au salaire, à l'encouragement, à la récompense des travaux.

» Ce sera de même, lors des actes de concession, que le gouvernement fixera les cautionnemens à fournir par les entrepreneurs pour gage de la bonne exécution; qu'il déterminera tout ce qui intéresse la conservation des propriétés ; qu'il préposera à la suite des opérations, les agens propres à les bien conduire; qu'il rappellera la nécessité de ne pas juger uniquement par le produit extraordinaire des cinq ou six premières années, la valeur des terres améliorées ; qu'il appliquera les règles relatives à l'exemption de toute augmentation de contributions pendant un certain laps de temps ; qu'il créera l'espèce de magistrature spéciale, dont nous parlerons bientôt, et dont l'action sera la plus sûre garantie contre toute espèce d'erreur ou d'injustice.

» Le droit des créanciers sur la propriété, qui est le gage de la sûreté de leurs créances, ne saurait aller au-delà du droit qu'attribuent les lois au propriétaire lui-même ; il était donc, d'après les principes que nous avons établis, dans les règles de la plus stricte justice, de réduire l'effet des inscriptions hypothécaires antérieures à l'entreprise du dessèchement, de ne les faire porter que sur la valeur du fonds non desséché, et d'affecter, par privilège, la plus-value à la garantie des cessions ou des obligations souscrites par les propriétaires en faveur des entrepreneurs du dessèchement.

» Il a paru juste aussi d'affranchir du droit proportionnel d'enregistrement, des cessions qui ne sont que le paiement d'un genre de travaux que le gouvernement est disposé à encourager de tout son pouvoir.

» Lorsqu'un dessèchement est opéré, on aurait peu fait, si l'on négligeait de l'entretenir : les travaux deviennent moins considérables sans doute, mais il faut des soins de chaque jour ; quelques années, souvent quelques mois de négligence, suffisent pour faire perdre tous les fruits de l'entreprise la plus dispendieuse, la plus utile, la mieux conduite.

» Les travaux d'entretien sont nécessairement à la charge de ceux qui en profitent ; les seuls propriétaires doivent donc y pourvoir : mais les concessionnaires ont pu devenir propriétaires, et dans

Source : BIU Cujas

ce cas, ils ont les mêmes charges et les mêmes droits que les propriétaires anciens.

» Les syndics des propriétaires pourraient se tromper sur les moyens les plus propres à assurer le maintien du dessèchement : ils proposent leurs idées; elles sont soumises à tous les avis qui peuvent les rectifier ; et les règlemens ne deviennent obligatoires qu'après avoir été discutés en conseil d'état.

» L'action des tribunaux qui ne procèdent qu'avec les formes sages et lentes, nécessaires lorsque des intérêts privés sont soumis à l'examen et à la décision des corps judiciaires, ne saurait convenir lorsqu'il s'agit de travaux presque toujours urgens, et dont les dégradations doivent être sur-le-champ réparées, où les dommages dont il importe de punir les auteurs à l'instant même, disparaissent aussitôt. Il était donc convenable de ne laisser aucun doute sur la compétence administrative, dans tous les cas de travaux publics ou de travaux de dessèchement.

» Un principe juste est toujours fécond, lorsque le génie s'en empare.

» Le propriétaire de Marais doit donner à l'entrepreneur des travaux qui augmentent la valeur de ses terres, une portion de cette valeur nouvelle.

» Pourquoi, lorsque d'autres travaux importans augmentent la valeur des propriétés d'un département, d'un arrondissement, d'une commune, d'un particulier, la contrée intéressée ou l'individu ne paieraient-ils pas une portion des avantages qu'ils acquièrent? Pourquoi le trésor public, c'est-à-dire, la réunion de tous les Français, ferait-elle seule une dépense qui procure un avantage plus immédiat à quelques uns? Il n'y aurait le plus souvent ni convenance ni justice ; de là, les dispositions qui autorisent le gouvernement à proposer des contributions diversement calculées selon les avantages généraux ou locaux. Ces contributions ne seront jamais établies que par des lois : de là aussi la réserve qui accorde au gouvernement le droit d'exiger des propriétés privées, une indemnité pour la plus-value, mais au cas seulement où elles auraient acquis une notable augmentation de valeur, et après qu'il aurait été jugé par S. M., en conseil d'état, qu'il y a lieu à user de cette faculté. Le paiement de l'indemnité, qui ne pourra jamais excéder la moitié de la plus-value, serait fait par le propriétaire selon le mode qui lui conviendrait le mieux, ainsi qu'il a été dit à l'occasion des dessèchemens.

» Après les travaux qui augmentent la valeur des propriétés, l'on a dû s'occuper de ceux qui la conservent, de la construction des digues et des ouvrages analogues. Une disposition mal interprétée de la loi du 30 floréal an 10, avait fait penser à quelques personnes, que les digues sur le bord des fleuves ou des rivières navigables, étaient à la charge de l'octroi de navigation ; cependant les digues ne sont pas nommées dans la loi, et la fausse interprétation était une erreur que l'usage le plus général contribuait chaque jour à détruire ; des ouvrages quelconques ne peuvent être à la charge de l'octroi, que lorsqu'ils sont construits pour le seul intérêt de la navigation. Lorsque les digues ou des levées sont uniquement défensives des propriétés, elles sont à la charge des propriétaires ; lorsqu'elles ont le double but de protéger la navigation et les propriétés, l'octroi et les propriétaires doivent concourir à la dépense dans de justes proportions qu'un règlement d'administration publique déterminera toujours : tous les doutes sont désormais levés à cet égard.

» Ils le sont de même sur les divers cas où des propriétaires de fonds, d'usines, de moulins, sont intéressés au curement des canaux, à l'entretien ou à la construction d'ouvrages sur les rivières navigables; les proportions réciproques dans lesquelles l'Etat et les particuliers devront concourir, seront réglées pour chaque lieu.

» Les travaux de salubrité sont à la charge des communes; mais il fallait rappeler la règle et organiser un moyen juste et prompt de pourvoir aux dépenses. Des rôles spéciaux où chaque chef de famille sera imposé selon ses facultés et selon le degré d'intérêt qu'il a aux travaux, mettront à la disposition des autorités locales, les moyens qui leur manquaient.

» Quelques genres de propriétés, tels que les bois, les mines, profitent plus particulièrement des communications à ouvrir ou à perfectionner : les routes et les canaux peuvent être mis entièrement à la charge de ces propriétés, sauf les secours que le gouvernement trouverait juste d'accorder.

» Ainsi se développent et se multiplient les conséquences du même principe ; le concours dans la dépense doit toujours avoir lieu dans la proportion des avantages à recueillir.

» Mais la loi serait imparfaite si elle avait négligé d'organiser les moyens d'avoir sur les différens degrés d'intérêt, sur les estimations, sur les convenances locales, sur les diverses natures d'avantages ou d'inconvéniens, les données les plus positives.

» De simples experts, les autorités administratives peuvent donner des informations justes, des renseignemens essentiels ; mais le peu de responsabilité morale des uns, la multiplicité des occupations des fonctionnaires principaux, laissaient craindre les effets de la négligence, ou de ces aperçus généraux et trop rapides que l'homme très occupé est souvent forcé de substituer à des notions précises et détaillées.

» S. M. a voulu qu'une commission nommée par elle et composée d'hommes connaissant les lieux, les objets dont il s'agit, recommandables par leurs lumières, par la considération dont ils jouissent, par les emplois qu'ils occupent, formât, pour chaque entreprise, une sorte de magistrat special, qui, n'ayant que cette seule affaire à suivre, y mettra d'autant plus de soin, qu'il aura à justifier en même

Source : BIU Cujas

temps la confiance du souverain et l'estime publique.

» Cette commission sera composée de sept membres; elle ne pourra prononcer lorsqu'il y aura moins de cinq commissaires présens; on éprouvera son influence salutaire à toutes les époques des travaux; elle sera un juge permanent et le plus éclairé, de tout le contentieux entre les divers intéressés. — Les avantages que l'on doit recueillir de cette institution, ne tarderont pas à se faire sentir, à exciter de nouveaux sentimens d'amour et de reconnaissance

» Après avoir statué sur les objets principaux, ce projet de loi règle les divers cas relatifs aux indemnités dues pour occupations des terrains ou des bâtimens nécessaires aux travaux publics, et pour suppression ou modifications d'usines légalement établies. Les expertises seront faites avec moins de solennité, mais avec toutes les précautions convenables. La compétence administrative est organisée d'une manière uniforme; le paiement des indemnités est assuré; et comme des concessionnaires n'offrent jamais la même garantie que l'Etat, en cas de travaux concédés, le paiement précèdera toujours la dépossession.

» Les divers cas où les constructions peuvent être avancées sur la voie publique, ou doivent être reculées, sont prévus. Le propriétaire forcé de démolir sa maison pour rectifier une route, pour élargir une rue, ou pour former une place, sera indemnisé à raison de son terrain et de ses constructions. Celui dont la maison ne se relève que parcequ'il a voulu l'abattre, parcequ'elle était tombée en ruines, ou parcequ'elle a été démolie pour cause de vétusté, ne recevra d'autre prix que celui du terrain cédé.

» Si le propriétaire qui est obligé de reculer sa maison, l'exige, l'administration publique achètera la maison ou le terrain, selon les cas qui viennent d'être expliqués, mais d'après la valeur avant l'ouverture ou l'élargissement de la place ou de la rue.

» Ainsi cesseront toutes plaintes fondées de la part des propriétaires qui, prétextant que la portion restante de leur maison, ne pouvait plus leur suffire, réclamaient contre l'estimation exacte de la portion qu'on les forçait à céder, et voulaient que cette estimation fût portée à peu près à la valeur entière de la maison ou du terrain.

» Cette disposition de justice en faveur des propriétaires forcés à se reculer, en amène nécessairement une favorable à l'administration publique, dans les cas où un propriétaire recevra la faculté de s'avancer sur la voie publique. Alors, s'il refuse d'acquérir la portion dont on lui permet d'accroître ses bâtimens, on peut le forcer à délaisser sa propriété toute entière à dire d'experts.

» Ainsi, dans l'un et l'autre cas, on désintéresse avec équité le propriétaire qui aime mieux vendre ses bâtimens ou le terrain qu'il pouvait occuper, que de voir modifier sa propriété.

» De fréquentes discussions se sont élevées entre l'administration et des propriétaires de terres fouillées pour les routes ou pour d'autres constructions publiques, à l'effet d'y prendre des matériaux. Les lois de 1791 et du 28 pluviose an 8 offraient des dispositions contradictoires. Il a paru juste de tenir compte de la valeur des matériaux aux propriétaires de carrières en exploitation, et dans les autres cas, de réserver à l'administration publique la faculté de regarder les terrains fouillés comme s'ils eussent été pris pour la route même, et de les payer en conséquence, et à raison du temps que durera l'occupation.

» Il était impossible d'appliquer rigoureusement les dispositions de la loi aux travaux déja entrepris, et particulièrement aux travaux de dessèchement, des mesures importantes devant, dans les cas de ce genre, avoir lieu avant le commencement des travaux; mais les décrets d'administration publique pourvoiront aux moyens de soumettre à la règle d'une contribution proportionnelle aux avantages recueillis, les propriétés dont l'accroissement ne sera dû qu'aux grandes entreprises qui s'exécutent, soit aux frais de l'Etat, soit par des concessionnaires auxquels des prétentions sur les propriétés à dessécher, auraient été réservées.

» Nous avons mal rempli, messieurs, la tâche qui nous était imposée, si nous n'avons pas su vous convaincre de l'éminente utilité, de la rigoureuse justice de la loi qui est soumise à votre sanction; si nous n'avons pas montré que c'est encore là une de ces conceptions grandes, utiles, bienfaisantes, qui émanent tous les jours du génie de Napoléon ».

C'est d'après ces motifs qu'a été décrétée, le 16 septembre 1807, une loi ainsi conçue :

« Tit. 1 *Dessèchement des Marais.* — Art. 1. La propriété des Marais est soumise à des règles particulières. — Le gouvernement ordonnera les dessèchemens qu'il jugera utiles ou nécessaires.

» 2. Les dessèchemens seront exécutés par l'Etat ou par des concessionnaires.

» 3. Lorsqu'un Marais appartiendra à un seul propriétaire, ou lorsque tous les propriétaires seront réunis, la concession du dessèchement leur sera toujours accordée, s'ils se soumettent à l'exécuter dans les délais fixés et conformément aux plans adoptés par le gouvernement.

» 4. Lorsqu'un Marais appartiendra à un propriétaire, ou à une réunion de propriétaires, qui ne se soumettront pas à dessécher dans les délais et selon les plans adoptés, ou qui n'exécuteront pas les conditions auxquelles ils se seront soumis; lorsque les propriétaires ne seront pas tous réunis; lorsque, parmi lesdits propriétaires, il y aura une ou plusieurs communes, la concession du dessèchement aura lieu en faveur des concessionnaires dont la soumission sera jugée la plus avantageuse par le gouvernement : celles qui seraient faites par des communes propriétaires, ou par un certain nombre de propriétaires réunis, seront préférées à conditions égales.

Source : BIU Cujas

» 5. Les concessions seront faites par des décrets rendus en conseil d'état, sur des plans levés ou sur des plans vérifies et approuvés par les ingénieurs des ponts et chaussées, aux conditions prescrites par la présente loi, aux conditions qui seront établies par les règlemens généraux à intervenir, et aux charges qui seront fixées à raison des circonstances locales.

» 6. Les plans seront levés, vérifiés et approuvés aux frais des entrepreneurs du dessèchement : si ceux qui auront fait la première soumission, et lever ou fait vérifier les plans, ne demeurent pas concessionnaires, ils seront remboursés par ceux auxquels la concession sera définitivement accordée. — Le plan général du Marais comprendra tous les terrains qui seront présumés devoir profiter du dessèchement. Chaque propriété y sera distinguée, et son étendue exactement circonscrite. — Au plan général seront joints tous les profils et nivellemens nécessaires ; ils seront, le plus possible, exprimés sur le plan par des cotes particulières.

» Tit. 2. *Fixation de l'étendue, de l'espèce et de la valeur estimative des Marais avant le dessèchement.* — Art. 7. Lorsque le gouvernement fera un dessèchement, ou lorsque la concession aura été accordée, il sera formé entre les propriétaires un syndicat, à l'effet de nommer les experts qui devront procéder aux estimations statuées par la présente loi. — Les syndics seront nommés par le préfet; ils seront pris parmi les propriétaires les plus imposés, à raison des Marais à dessécher. Les syndics seront au moins au nombre de trois, et au plus au nombre de neuf, ce qui sera déterminé dans l'acte de concession.

» 8. Les syndics réunis nommeront et présenteront un expert au préfet du département. — Les concessionnaires en présenteront un autre; le préfet nommera un tiers expert. — Si le dessèchement est fait par l'Etat, le préfet nommera le second expert; et le tiers expert sera nommé par le ministre de l'intérieur.

» 9. Les terrains du Marais seront divisés en plusieurs classes, dont le nombre n'excèdera pas dix, et ne pourra être au-dessous de cinq : ces classes seront formées d'après les divers degrés d'inondation. Lorsque la valeur des différentes parties du Marais éprouvera d'autres variations que celles provenant des divers degrés de submersion, et dans ce cas seulement, les classes seront formées sans égard à ces divers degrés, et toujours de manière à ce que toutes les terres de même valeur presumée soient dans la même classe.

» 10. Le périmètre des diverses classes sera placé sur le plan cadastral qui aura servi de base à l'entreprise. — Ce tracé sera fait par les ingénieurs et les experts réunis.

» 11. Le plan, ainsi préparé, sera soumis à l'approbation du préfet; il restera déposé au secrétariat de la préfecture pendant un mois ; les parties intéressées seront invitées par affiches à prendre connaissance du plan, à fournir leurs observations sur son exactitude, sur l'étendue donnée aux limites jusques auxquelles se feront sentir les effets du dessèchement, et enfin, sur le classement des terres.

» 12. Le préfet, après avoir reçu ces observations, celles en réponse des entrepreneurs du dessèchement, celles des ingénieurs et des experts, pourra ordonner les vérifications qu'il jugera convenables. — Dans le cas où, après vérification, les parties intéressées persisteraient dans leurs plaintes, les questions seront portées devant la commission constituée par le tit. 10 de la présente loi.

» 13. Lorsque les plans auront été definitivement arrêtés, les deux experts nommés par les propriétaires, et les entrepreneurs du dessèchement, se rendront sur les lieux; et après avoir recueilli tous les renseignemens nécessaires, ils procèderont à l'appréciation de chacune des classes composant les Marais, ou égard à sa valeur réelle, au montant de l'estimation considérée dans son état de Marais, et sans pouvoir s'occuper d'une estimation détaillée par propriété. — Les experts procèderont en présence du tiers expert qui les départagera, s'ils ne peuvent s'accorder.

» 14. Le procès-verbal d'estimation par classe, sera déposé pendant un mois à la préfecture. Les intéressés en seront prévenus par affiches ; et s'il survient des réclamations, elles seront jugées par la commission. — Dans tous les cas, l'estimation sera soumise à ladite commission, pour être jugée et homologuée par elle ; elle pourra décider outre et contre l'avis des experts.

» 15. Dès que l'estimation aura été définitivement arrêtée, les travaux de dessèchement seront commencés; ils seront poursuivis et terminés dans les délais fixés par l'acte de concession, sous les peines portées audit acte.

» Tit. 3. *Des Marais, pendant le cours des travaux de dessèchement.* Art. 16. Lorsque, d'après l'étendue des Marais ou la difficulté des travaux, le dessèchement ne pourra être opéré dans trois ans, l'acte de concession pourra attribuer aux entrepreneurs du dessèchement, une portion en deniers du produit des fonds qui auront les premiers profité des travaux du dessèchement. — Les contestations relatives à l'exécution de cette clause de l'acte de concession, seront portées devant la commission.

» Tit. 4. *Des Marais après le dessèchement, et de l'estimation de leur valeur.* Art. 17. Lorsque les travaux prescrits par l'État ou par l'acte de concession, seront terminés, il sera procédé à leur vérification et réception. — En cas de réclamations, elles seront portées devant la commission qui les jugera.

» 18. Dès que la reconnaissance des travaux aura été approuvée, les experts, respectivement nommés par les propriétaires et par les entrepreneurs du dessèchement, et accompagnés du tiers expert,

Source : BIU Cujas

procèderont, de concert avec les ingénieurs, à une classification des fonds desséchés, suivant leur valeur nouvelle, et l'espèce de culture dont ils seront devenus susceptibles. — Cette classification sera vérifiée, arrêtée, suivie d'une estimation, le tout dans les mêmes formes ci-dessus prescrites pour la classification et l'estimation des Marais, avant le dessèchement.

» Tit. 5. *Règles pour le paiement des indemnités dues par les propriétaires, en cas de dépossession.* Art. 19. Dès que l'estimation des fonds desséchés aura été arrêtée, les entrepreneurs du dessèchement présenteront à la commission un rôle contenant, — 1° Le nom des propriétaires; — 2° L'étendue de leur propriété; — 3° Les classes dans lesquelles elle se trouve placée, le tout relevé sur le plan cadastral; — 4° L'énonciation de la première estimation, calculée à raison de l'étendue et des classes; — 5° Le montant de la valeur nouvelle de la propriété depuis le dessèchement, réglé par la seconde estimation et le second classement; — 6° Enfin, la différence entre les deux estimations. — S'il reste dans le Marais des portions qui n'auront pu être desséchées, elles ne donneront lieu à aucune prétention de la part des entrepreneurs du dessèchement.

» 20. Le montant de la plus-value obtenue par le dessèchement, sera divisé entre le propriétaire et le concessionnaire, dans les proportions qui auront été fixées par l'acte de concession. — Lorsqu'un dessèchement sera fait par l'Etat, sa portion dans la plus-value sera fixée de manière à le rembourser de toutes ses dépenses. Le rôle des indemnités sur la plus-value, sera arrêté par la commission et rendu exécutoire par le préfet.

» 21. Les propriétaires auront la faculté de se libérer de l'indemnité par eux due, en délaissant une portion relative des fonds, calculée sur le pied de la dernière estimation; dans ce cas, il n'y aura lieu qu'au droit fixe d'un franc, pour l'enregistrement de l'acte de mutation de propriété.

» 22. Si les propriétaires ne veulent pas délaisser des fonds en nature, ils constitueront une rente sur le pied de quatre pour cent sans retenue; le capital de cette rente sera toujours remboursable, même par portions, qui, cependant, ne pourront être moindres d'un dixième, et moyennant vingt-cinq capitaux.

» 23. Les indemnités dues aux concessionnaires ou au gouvernement, à raison de la plus-value résultante des dessèchemens, auront privilège sur toute ladite plus-value, à la charge seulement de faire transcrire l'acte de concession ou le décret qui ordonnera le dessèchement au compte de l'État, dans le bureau ou dans les bureaux des hypothèques de l'arrondissement ou des arrondissemens de la situation des Marais desséchés. — L'hypothèque de tout individu inscrit avant le dessèchement, sera restreinte au moyen de la transcription ci-dessus ordonnée, sur une portion de propriété égale en valeur à la première valeur estimative des terrains desséchés.

» 24. Dans le cas où le dessèchement d'un Marais ne pourrait être opéré par les moyens ci-dessus organisés, et où, soit par les obstacles de la nature, soit par des oppositions persévérantes des propriétaires, on ne pourrait parvenir au dessèchement, le propriétaire ou les propriétaires de la totalité des Marais pourront être contraints à délaisser leur propriété, sur estimation faite dans les formes déjà prescrites. — Cette estimation sera soumise au jugement et à l'homologation d'une commission formée à cet effet; et la cession sera ordonnée, sur le rapport du ministre de l'intérieur, par un règlement d'administration publique.

» Tit. 6. *De la conservation des travaux de dessèchement.* Art. 25. Durant le cours des travaux de dessèchement, les canaux, fossés, rigoles, digues et autres ouvrages, seront entretenus et gardés aux frais des entrepreneurs du dessèchement.

» 26. A compter de la réception des travaux, l'entretien et la garde seront à la charge des propriétaires, tant anciens que nouveaux. Les syndics déjà nommés, auxquels le préfet pourra en adjoindre deux ou quatre pris parmi les nouveaux propriétaires, proposeront au préfet des règlemens d'administration publique qui fixeront le genre et l'étendue des contributions nécessaires pour subvenir aux dépenses. — La commission donnera son avis sur ces projets de règlemens; et en les adressant au ministre, proposera aussi la création d'une administration composée de propriétaires qui devra faire exécuter les travaux; il sera statué sur le tout en conseil d'état.

» 27. La conservation des travaux de dessèchement, celle des digues contre les torrens, rivières et fleuves, et sur les bords des lacs et de la mer, est commise à l'administration publique. Toutes réparations et dommages seront poursuivis par voie administrative comme pour les objets de grande voirie. Les délits seront poursuivis par les voies ordinaires, soit devant les tribunaux de police correctionnelle, soit devant les cours criminelles en raison des cas.

» Tit. 7. *Des travaux de navigation, des routes, des ponts, des rues, places et quais dans les villes, des digues, des travaux de salubrité dans les communes.* Art. 28. Lorsque par l'ouverture d'un canal de navigation, par le perfectionnement de la navigation d'une rivière, par l'ouverture d'une grande route, par la construction d'un pont, un ou plusieurs départemens, un ou plusieurs arrondissemens, seront jugés devoir recueillir une amélioration à la valeur de leur territoire, ils seront susceptibles de contribuer aux dépenses des travaux par voie de centimes additionnels aux contributions; et ce, dans les proportions qui seront déterminées par des lois spéciales. — Ces contributions ne pourront s'élever au-delà de la moitié de la dépense; le gouvernement fournira l'excédant.

Source : BIU Cujas

» 29. Lorsqu'il y aura lieu à l'établissement ou au perfectionnement d'une petite navigation, d'un canal de flottage, à l'ouverture ou à l'entretien de grandes routes d'un intérêt local, à la construction ou à l'entretien de ponts sur lesdites routes ou sur des chemins vicinaux, les départemens contribueront dans une proportion, les arrondissemens les plus intéressés dans une autre, les communes les plus intéressées d'une manière encore différente; le tout selon les degrés d'utilité respective. — Le gouvernement ne fournira de fonds, dans ce cas, que lorsqu'il le jugera convenable; les proportions des diverses contributions seront réglées par des lois spéciales.

» 30. Lorsque, par suite des travaux déjà énoncés dans la présente loi; lorsque, par l'ouverture de nouvelles rues, par la formation de places nouvelles, par la construction de quais, ou par tous autres travaux publics généraux, départementaux ou communaux, ordonnés ou approuvés par le gouvernement, des propriétés privées auront acquis une notable augmentation de valeur, ces propriétés pourront être chargées de payer une indemnité qui pourra s'élever jusqu'à la valeur de la moitié des avantages qu'elles auront acquis; le tout sera réglé par estimation dans les formes déjà établies par la présente loi, jugé et homologué par la commission qui aura été nommée à cet effet.

» 31. Les indemnités pour paiement de plus-value seront acquittées, au choix des débiteurs, en argent ou en rentes constituées, à quatre pour cent net, ou en délaissement d'une partie de la propriété, si elle est divisible; ils pourront aussi délaisser en entier les fonds, terrains ou bâtimens dont la plus-value donne lieu à l'indemnité, et ce sur l'estimation réglée d'après la valeur qu'avait l'objet avant l'exécution des travaux desquels la plus-value aura résulté. — Les art. 21 et 23, relatifs aux droits d'enregistrement et aux hypothèques, sont applicables aux cas spécifiés dans le présent article.

» 32. Les indemnités ne seront dues par les propriétaires des fonds voisins des travaux effectués, que lorsqu'il aura été décidé par un règlement d'administration publique, rendu sur le rapport du ministre de l'intérieur, et après avoir entendu les parties intéressées, qu'il y a lieu à l'application des deux articles précédens.

» 33. Lorsqu'il s'agira de construire des digues à la mer, ou contre les fleuves, rivières et torrens, navigables ou non navigables, la nécessité en sera constatée par le gouvernement, et la dépense supportée par les propriétés protégées dans la proportion de leur intérêt aux travaux, sauf les cas où le gouvernement croirait utile et juste d'accorder des secours sur les fonds publics.

» 34. Les formes précédemment établies, et l'intervention d'une commission seront appliquées à l'exécution du précédent article. — Lorsqu'il y aura lieu de pourvoir aux dépenses d'entretien ou de réparations des mêmes travaux, au curage des canaux qui sont en même temps de navigation et de dessèchement, il sera fait des règlemens d'administration publique qui fixeront la part contributive du gouvernement et des propriétaires. Il en est de même lorsqu'il s'agira de levées, de barrages, de pertuis, d'écluses, auxquels des propriétaires de moulins ou d'usines seraient intéressés.

» 35. Tous les travaux de salubrité qui intéressent les villes et les communes, seront ordonnés par le gouvernement, et les dépenses supportées par les communes intéressées.

» 36. Tout ce qui est relatif aux travaux de salubrité, sera réglé par l'administration publique; elle aura égard, lors de la rédaction du rôle de la contribution spéciale destinée à faire face aux dépenses de ce genre de travaux, aux avantages immédiats qu'acquerraient telles ou telles propriétés privées, pour les faire contribuer à la décharge de la commune, dans des proportions variées et justifiées par les circonstances.

» 37. L'exécution des deux articles précédens restera dans les attributions des préfets et des conseils de préfecture.

» Tit. 8. *Des travaux de route et de navigation relatifs à l'exploitation des forêts et minières.* Art. 38. Lorsqu'il y aura lieu d'ouvrir ou de perfectionner une route ou des moyens de navigation dont l'objet sera d'exploiter avec économie des forêts ou bois, des usines ou minières, ou de leur fournir un débouché, toutes les propriétés de cette espèce générale, communale ou privée, qui devront en profiter, seront appelées à contribuer pour la totalité de la dépense dans les proportions variées des avantages qu'elles devront en recueillir. — Le gouvernement pourra néanmoins accorder, sur les fonds publics, les secours qu'il croira nécessaires.

» 39. Les propriétaires se libèreront dans les formes énoncées aux art. 21, 22 et 23 de la présente loi.

» 40. Les formes d'estimation et l'intervention de la commission organisée par la présente loi, seront appliquées à l'exécution des deux précédens articles.

» Tit. 9. *De la concession de divers objets dépendans du domaine.* Art. 41. Le gouvernement concèdera, aux conditions qu'il aura réglées, les Marais, lais et relais de la mer, le droit d'endiguage, les accrues, attérissemens et alluvions des fleuves, rivières et torrens, quant à ceux de ces objets qui forment propriété publique ou domaniale.

» Tit. 10. *De l'organisation et des attributions des commissions spéciales.* Art. 42. Lorsqu'il s'agira d'un dessèchement de Marais ou d'autres ouvrages déjà énoncés en la présente loi, et pour lesquels l'intervention d'une commission spéciale est indiquée, cette commission sera établie ainsi qu'il suit:

» 43. Elle sera composée de sept commissaires; leur avis ou leurs décisions seront motivées; ils

Source : BIU Cujas

devront, pour les prononcer, être au moins au nombre de cinq.

» 44. Les commissaires seront pris parmi les personnes qui seront présumées avoir le plus de connaissances relatives, soit aux localités, soit aux divers objets sur lesquels ils auront à prononcer. — Ils seront nommés par l'Empereur.

» 45. Les formes de la réunion des membres de la commission, la fixation des époques de ses séances et des lieux où elles seront tenues, les règles pour la présidence, le secrétariat et la garde des papiers, les frais qu'entraîneront ses opérations, et enfin tout ce qui concerne son organisation, seront déterminés, dans chaque cas, par un règlement d'administration publique.

» 46. Les commissions spéciales connaîtront de tout ce qui est relatif au classement des diverses propriétés, avant ou après le dessèchement des Marais, à leur estimation, à la vérification de l'exactitude des plans cadastraux, à l'exécution des clauses des actes de concession relatives à la jouissance par les concessionnaires d'une portion des produits, à la vérification et à la réception des travaux de dessèchement, à la formation et à la rectification du rôle de plus-value des terres après le dessèchement; elles donneront leur avis sur l'organisation du mode d'entretien des travaux de dessèchement; elles arrêteront les estimations dans le cas prévu par l'art. 24, où le gouvernement aurait à déposséder tous les propriétaires d'un Marais; elles connaîtront des mêmes objets, lorsqu'il s'agira de fixer la valeur des propriétés avant l'exécution de travaux d'un autre genre, comme routes, canaux, quais, digues, ponts, rues, et après l'exécution desdits travaux, et lorsqu'il sera question de fixer la plus-value.

» 47. Elles ne pourront, en aucun cas, juger les questions de propriété sur lesquelles il sera prononcé par les tribunaux ordinaires, sans que, dans aucun cas, les opérations relatives aux travaux, ou l'exécution des décisions de la commission, puissent être retardées ou suspendues.

» Tit. 11. *Des indemnités aux propriétaires pour occupations de terrains.* Art. 48. Lorsque, pour exécuter un dessèchement, l'ouverture d'une nouvelle navigation, un pont, il sera question de supprimer des moulins et autres usines, de les déplacer, modifier, ou de réduire l'élévation de leurs eaux, la nécessité en sera constatée par les ingénieurs des ponts et chaussées. Le prix de l'estimation sera payé par l'Etat, lorsqu'il entreprend les travaux; lorsqu'ils sont entrepris par des concessionnaires, le prix de l'estimation sera payé avant qu'ils puissent faire cesser le travail des moulins et usines. — Il sera d'abord examiné si l'établissement des moulins et usines est légal; ou si le titre d'établissement ne soumet pas les propriétaires à voir démolir leurs établissemens sans indemnité, si l'utilité publique le requiert.

» 49. Les terrains nécessaires pour l'ouverture de canaux et rigoles de dessèchement, de canaux de navigation, de routes, de rues, la formation de places et autres travaux reconnus d'une utilité générale, seront payés à leurs propriétaires, et à dire d'experts, d'après leur valeur avant l'entreprise des travaux, et sans nulle augmentation du prix d'estimation.

» 50. Lorsqu'un propriétaire fait volontairement démolir sa maison, lorsqu'il est forcé de la démolir pour cause de vétusté, il n'a droit à indemnité que pour la valeur du terrain délaissé, si l'alignement qui lui est donné par les autorités compétentes, le force à reculer sa construction.

» 51. Les maisons et bâtimens dont il serait nécessaire de faire démolir et d'enlever une portion pour cause d'utilité publique légalement reconnue, seront acquis en entier, si le propriétaire l'exige; sauf à l'administration publique ou aux communes à revendre les portions de bâtimens ainsi acquises, et qui ne seront pas nécessaires pour l'exécution du plan. La cession par le propriétaire à l'administration publique ou à la commune, et la revente, seront effectuées d'après un décret rendu en conseil d'état, sur le rapport du ministre de l'intérieur, dans les formes prescrites par la loi.

» 52. Dans les villes, les alignemens pour l'ouverture des nouvelles rues, pour l'élargissement des anciennes qui ne font point partie d'une grande route, ou pour tout autre objet d'utilité publique, seront donnés par les maires, conformément au plan dont les projets auront été adressés aux préfets, transmis avec leur avis au ministre de l'intérieur, et arrêtés en conseil d'état. — En cas de réclamation de tiers intéressés, il sera de même statué en conseil d'état sur le rapport du ministre de l'intérieur.

» 53. Au cas où, par les alignemens arrêtés, un propriétaire pourrait recevoir la faculté de s'avancer sur la voie publique, il sera tenu de payer la valeur du terrain qui lui sera cédé. Dans la fixation de cette valeur, les experts auront égard à ce que le plus ou le moins de profondeur du terrain cédé, la nature de la propriété, le reculement du reste du terrain bâti ou non bâti loin de la nouvelle voie, peut ajouter ou diminuer de valeur relative pour le propriétaire. Au cas où le propriétaire ne voudrait point acquérir, l'administration publique est autorisée à le déposséder de l'ensemble de sa propriété, en lui payant la valeur telle qu'elle était avant l'entreprise des travaux. La cession et la revente seront faites comme il a été dit en l'art. 51 ci-dessus.

» 54. Lorsqu'il y aura lieu en même temps à payer une indemnité à un propriétaire pour terrains occupés, et à recevoir de lui une plus-value pour des avantages acquis à ses propriétés restantes, il y aura compensation jusqu'à concurrence; et le surplus seulement, selon les résultats, sera payé au propriétaire ou acquitté par lui.

» 55. Les terrains occupés pour prendre les ma-

Source : BIU Cujas

tériaux nécessaires aux routes ou aux constructions publiques, pourront être payés aux propriétaires comme s'ils eussent été pris pour la route même. — Il n'y aura lieu à faire entrer dans l'estimation la valeur des materiaux à extraire, que dans les cas où l'on s'emparerait d'une carrière déjà en exploitation; alors lesdits materiaux seront evalués d'après leur prix courant, abstraction faite de l'existence et des besoins de la route pour laquelle ils seraient pris, ou des constructions auxquelles on les destine.

» 56. Les experts, pour l'évaluation des indemnités relatives à une occupation de terrain dans les cas prévus au présent titre, seront nommés, pour les objets de travaux de grande voirie, l'un par le propriétaire, l'autre par le préfet, et le tiers expert, s'il en est besoin, sera de droit l'ingénieur en chef du département; lorsqu'il y aura des concessionnaires, un expert sera nommé par le propriétaire, un par le cessionnaire, et le tiers expert par le préfet. — Quant aux travaux des villes, un expert sera nommé par le propriétaire, un par le maire de la ville ou de l'arrondissement pour Paris, et le tiers expert par le préfet.

» 57. Le contrôleur et le directeur des contributions donneront leur avis sur le procès-verbal d'expertise qui sera soumis par le préfet, à la délibération du conseil de préfecture; le préfet pourra, dans tous les cas, faire faire une nouvelle expertise.

» Tit. 12. *Dispositions générales.* Art. 58. Les indemnités pour plus-value dues à raison des travaux déja entrepris, et spécialement à raison des travaux de desséchement, seront réglées d'après les dispositions de la présente loi. Des règlemens d'administration publique statueront sur la possibilité et le mode d'application à chaque cas ou entreprise particulière; et alors l'organisation et l'intervention de la commission spéciale seront toujours nécessaires.

» 59. Toutes les lois antérieures cesseront d'avoir leur exécution en ce qui serait contraire à la présente loi.]]

[[MARAIS SALANT. *V. Sel.*]]

[[MARAUDAGE. Espèce de vol.

Le tit. 2 de la loi du 28 septembre 1791, concernant la police rurale, contient sur ce genre de délit, les dispositions suivantes:

« Art. 34. Quiconque maraudera, dérobera des productions de la terre qui peuvent servir a la nourriture des hommes, ou d'autres productions utiles, sera condamné à une amende égale au dédommagement dû au propriétaire ou fermier: il pourra aussi, suivant les circonstances du délit, être condamné à la détention de police municipale.

» 35. Pour tout vol de récolte fait avec des paniers ou des sacs, ou à l'aide des animaux de charge, l'amende sera du double du dédommagement, et la détention, qui aura toujours lieu, pourra être de trois mois, suivant la gravité des circonstances.

» 36. Le Maraudage ou enlèvement de bois, fait à dos d'hommes dans les bois taillis ou futaies, ou autres plantations d'arbres des particuliers ou communautés, sera puni d'une amende double du dédommagement dû au propriétaire. La peine de détention pourra être la même que celle portée en l'article précédent ».

Ces dispositions sont-elles applicables aux vols de grains ou de bois coupés, et exposés à la foi publique? Voici ce que prononce là-dessus un arrêt de la cour de cassation, du 10 avril 1807. (Nous en prenons l'espèce et le dispositif dans le bulletin criminel de cette cour):

« Vol de trois trousses ou javelles d'avoine, par Fruchin et sa femme, au champ du sieur Denis. — Jugement du tribunal correctionnel de l'arrondissement de Compiègne, le 7 novembre 1806, qui fait application à ce genre de délit, de l'art. 11 de la loi du 25 frimaire an 8, relatif aux marchandises et effets confiés à la foi publique. — Sur l'appel de ce jugement, la cour de justice criminelle du département de l'Oise, par un arrêt du 19 janvier 1807, en a prononcé la réformation, et a fait application de l'art. 35, tit. 2, du Code rural, qui a pour objet les Maraudages et vols de récolte. — Cet arrêt a été cassé sur le pourvoi du procureur général impérial près la cour de justice criminelle du département de l'Oise, pour fausse application de la loi pénale. — Le motif de l'arrêt de cassation a été que les fruits cueillis et laissés sur place jusqu'à l'enlèvement, sont réellement des marchandises et effets confiés à la foi publique. Cet arrêt est ainsi conçu:

» Oui, le rapport de M. Carnot... et M. Thuriot, pour le procureur général impérial; — Vu l'art. 11 de la loi du 25 frimaire an 8; — Attendu que de la combinaison des art. 35, tit. 2, du Code rural, et de l'art. 11 de la loi du 25 frimaire an 8, il résulte qu'il faut distinguer, pour faire application des peines qu'ils prononcent, entre les vols d'objets qui se trouvent naturellement confiés à la foi publique, de ceux qui pouvant y être soustraits, y restent néanmoins exposés par la volonté réfléchie du propriétaire; — Que si les vols ou Maraudages de la première espèce rentrent évidemment dans les dispositions de l'art. 35 du Code rural, il n'est pas moins évident que les vols de la seconde rentrent dans celle de l'art. 11 de la loi de frimaire an 8, qui s'occupe sans restriction, condition ni réserve, de tous vols d'effets exposés à la foi publique; — Que les récoltes sur pied, et les fruits détachés du sol par un évènement quelconque, et sans l'intervention du propriétaire, sont simplement confiés par la force et la nature des choses, à la foi publique, sans y être véritablement exposés; au contraire, que les fruits qui s'en trouvent détachés et gisans sur place par la volonté de l'homme, y sont réellement exposés; — Que c'est par le mot *exposé* de l'art. 11 de la loi de frimaire an 8, que doit s'établir la différence dans l'application des

Source : BIU Cujas

peines aux vols de fruits et de récoltes, en considérant l'époque et les circonstances qui en ont accompagné la soustraction ; — Que l'aggravation de peines prononcée par la loi pour vol de fruits exposés à la foi publique, est fondée en raison, puisqu'en pareil cas il n'y a pas seulement vol, mais abus d'une confiance nécessaire, tandis que le vol de fruits pendans par racines, ne présente réellement qu'un simple Maraudage ; — Qu'il convenait aussi de réprimer par des peines plus sévères, la soustraction d'effets dont l'enlèvement avait été rendu plus facile par suite d'une confiance nécessaire, que celle d'objets qui présentait plus de difficultés dans son exécution, et qui ne pouvait être jamais ni aussi considérable, ni aussi préjudiciable au propriétaire ; — Que si l'art. 35 du Code rural parle nommément du vol des récoltes, tandis que l'art. 11 de la loi de frimaire an 8 ne s'occupe qu'en général des effets exposés à la foi publique ; les fruits détachés du sol et laissés sur place par l'intervention du propriétaire, n'en rentrent pas moins dans sa disposition, puisque ce sont réellement des effets exposés à la foi publique ; qu'en effet l'art. 520 du Code civil répute *meubles* tous fruits recueillis, sans y mettre pour conditions qu'ils seraient enlevés et resserrés dans les bâtimens de la ferme ; — Qu'ainsi, l'arrêt attaqué reconnaissant Fruchin et sa femme coupables de l'enlèvement de trousses ou javelles d'avoine coupées, restées sur place exposées à la foi publique par ordre du sieur Denis qui en était propriétaire, devait faire application à ce genre de délit de l'art. 11 de la loi du 25 frimaire an 8, et non de l'art. 35, tit. 2, du Code rural ; — Qu'en appliquant cet art. 35, la cour de justice criminelle du département de l'Oise a ouvertement violé l'art. 11 de la loi de frimaire, et fait une fausse application du Code rural ; — Par ce motif, la cour casse et annulle.... ». *V. Vol.*]]

[[MARAUDE. Vol commis par des gens de guerre dans les environs du camp, ou en s'écartant de l'armée.

Le tit. 6 de la loi du 21 brumaire an 5, qui forme le Code pénal militaire, contient, à cet égard, les dispositions suivantes :

« *Art.* 1. Tout sous-officier ou volontaire, ou tout autre individu attaché à l'armée et à sa suite, qui s'étant introduit dans la maison, cour, basse-cour, jardin, parc ou enclos fermé de murs, et généralement dans toute propriété close de l'habitant, sera convaincu d'y avoir pris, soit bétail, soit volaille, viande, fruits, légumes ou tout autre comestible ou fourrage, sera condamné à faire deux fois le tour du quartier que son corps occupera, soit au camp, soit au cantonnement, au milieu d'un piquet bordant la haie, le reste de la troupe étant dehors et sous les armes : il portera ostensiblement la chose dérobée, ayant son habit retourné, et sur sa poitrine un écriteau apparent, portant le mot *maraudeur*, en gros caractères. — Si la chose dérobée ne peut être portée par le maraudeur, après avoir fait les deux tours avec l'habit retourné et l'écriteau seulement, il sera exposé pendant trois heures en avant du centre ou sur la place du quartier, ayant près de lui la chose dérobée, l'habit et l'écriteau comme il est dit. Il sera maintenu en cette exposition par une garde suffisante.

» 2. Si le maraudeur a escaladé les murs ou forcé les portes, il fera trois tours et subira une heure de plus d'exposition.

» 3. Sera condamné aux peines ci-dessus, tout militaire ou autre individu attaché à l'armée et à sa suite, convaincu d'avoir pris du bétail gardé à la corde ou en troupeau dans le champ de l'habitant.

» 4. La récidive dans les délits de maraudage ci-dessus spécifiés, de la part des militaires, sera punie de cinq années de fers.

» 5 Tout officier convaincu de maraudage, dans l'un des cas prévus par les art. 1, 2 et 3 ci-dessus, sera cassé, indépendamment de la peine prononcée pour le délit.

» 6. Tout employé à la suite de l'armée, convaincu de maraudage, dans l'un des cas prévus par les art. 1, 2 et 3 ci-dessus, sera chassé de son emploi ; ce qui sera échu de ses appointemens ou salaires, lui sera retenu à concurrence du prix de la chose dérobée, et payé au propriétaire, le tout indépendamment de la peine encourue pour le fait de Maraude.

» 7. Tout vivandier ou autre individu attaché à l'armée et à sa suite, non entretenu des fonds de la république, convaincu de maraudage, sera puni de cinq ans de fers, et condamné à restituer au propriétaire le double du prix de la chose dérobée, même par voie de saisie et vente de ses marchandises, et jusqu'à concurrence de la somme due pour restitution.

» 8. Tout militaire ou employé à la suite de l'armée et entretenu des fonds de la république, convaincu de persistance dans un délit de maraudage, ou de refus d'obéir au supérieur qui aurait voulu s'y opposer, sera puni de cinq ans de fers.

» 9. Tout délit de maraudage commis en troupe à main armée, sera puni de huit ans de fers.

» 10. Tout officier convaincu de ne s'être point opposé à la Maraude faite en sa présence, ou qui s'y étant inutilement opposé, n'aura pas aussitôt dénoncé à l'officier supérieur le délit et ses auteurs, sera destitué et puni de trois mois de prison.

» 11. Tout officier qui, oubliant ce qu'il doit, en sa qualité, au maintien de la discipline et de l'honneur militaire, sera convaincu d'un délit de Maraude, sera destitué, chassé du corps, puni de deux ans de prison, déclaré incapable d'occuper aucun grade dans les troupes de la république, et déchu de tout droit à la pension ou récompense, à raison de son service antérieur. — S'il a commis le délit avec ses subordonnés, il sera puni de dix ans de fers ; s'il a conduit sa troupe à la Maraude, il sera puni de mort.

Source : BIU Cujas

» 12. Sera destitué et puni d'un an de prison, tout officier qui aura acheté ou reçu de ses subordonnés, aucuns objets provenans de la Maraude ». *V. Pillage* et *Vol.*]]

MARBRE. *V. Mines.*

* MARC. Poids dont on se sert en France et en plusieurs États de l'Europe pour peser diverses sortes de marchandises, et particulièrement l'or et l'argent. C'est principalement dans les hôtels des monnaies et chez les marchands qui ne vendent que des choses précieuses ou de petit volume, que le Marc et ses divisions sont en usage. Avant le règne de Philippe I, on ne se servait en France, sur-tout dans les monnaies, que de la livre de poids composée de douze onces. Sous ce prince, environ vers l'an 1080, on introduisit dans le commerce et dans la monnaie, le poids de Marc, dont il y eut d'abord de diverses sortes, comme le Marc de Troyes, le Marc de Limoges, celui de Tours, et celui de la Rochelle, tous quatre différens entre eux de quelques deniers. Enfin, ces Marcs furent réduits au poids de Marc sur le pied qu'il est aujourd'hui.]] *V. Florin d'or.*]]

Le Marc est divisé en huit onces ou soixante-quatre gros, cent quatre-vingt-deux deniers, ou cent soixante esterlins, ou deux cent vingt mailles, ou six cent quarante felins, ou quatre mille six cent huit grains.

Ses subdivisions sont chaque once en huit gros, vingt-quatre deniers, vingt esterlings, quarante mailles, quatre-vingts felins et cinq cent soixante-seize grains; le gros en trois deniers, deux esterlins et demi, cinq mailles, dix felins, soixante-dix grains; le denier en vingt-quatre grains; l'esterling en vingt-huit grains, quatre cinquièmes de grains; le felin en sept grains, un cinquième de grain; enfin le grain en demi, en quart, en huitième, etc.

Il y a à Paris, à la cour des monnaies, un poids de Marc original, gardé sous trois clefs, dont l'une est entre les mains du premier président de cette cour, l'autre entre celles du conseiller commis au jugement des monnaies, et la troisième entre les mains du greffier. C'est sur ce poids que celui du châtelet fut étalonné en 1498, en conséquence d'un arrêt du parlement, du 6 mai de la même année; et c'est encore sur ce même poids que les changeurs et orfèvres, les gardes des apothicaires et épiciers, les balanciers, les fondeurs, enfin tous les marchands et autres qui pèsent au poids de Marc, sont obligés de faire étalonner ceux dont ils se servent. Tous les autres hôtels des monnaies de France ont aussi dans leurs greffes un Marc original, mais vérifié sur l'étalon de la cour des monnaies de Paris; il sert à étalonner tous les poids dans l'étendue de ces monnaies.

On appelle *poids de Marc*, une manière de compter les poids des marchandises, selon laquelle la livre a toujours seize onzes comme à Paris, et non douze ou quatorze onces comme en d'autres lieux.

[[On verra aux mots *poids et mesures*, que les lois nouvelles ont substitué au *Marc* et au *poids de Marc*, d'autres dénominations et d'autres poids.]]

On dit au palais, au *Marc la livre*, pour dire, au sou la livre, au prorata de ce qui est dû à chaque créancier. *V. Contribution.* (M. Guyot.) *

[[MARC D'OR. C'était, sous l'ancien régime, une certaine finance que payait au roi le nouveau titulaire d'un office, avant d'en obtenir les provisions.]]

ADDITION.

Page 369, *col.* 2, *ligne* 30, *après les mots*, recours en cassation, *supprimez le reste de l'alinéa, et substituez-y ce qui suit* : sur lequel je me suis ainsi expliqué, à l'audience de la section des requêtes, le 14 juillet 1808 :

« Deux moyens de cassation vous sont proposés par le sieur Devisscher : — Violation de la *loi du testament*; — Fausse application des lois qui déclarent indignes des libéralités du testateur, ceux qui ont combattu sa volonté.

» Le premier de ces moyens pourrait être écarté d'un seul mot : Il en est de la *loi du testament* comme de la *loi du contrat*; or, il est certain, et c'est une vérité que la cour a reconnue par son arrêt du 12 février 1808, rendu sections réunies, (et rapporté à l'article *Société*), que la prétendue violation de la *loi du contrat* ne forme plus un moyen de cassation, depuis la loi du 16 septembre 1807, relative aux troisièmes recours en cassation : il en doit donc être de même de la prétendue violation de la *loi du testament*.

» Mais entrons dans quelques détails, et bientôt nous demeurerons convaincus que, par l'arrêt attaqué, non seulement la cour de Bruxelles, en interprétant, comme elle l'a fait, le testament du sieur de Gottignies fils, a usé d'un droit qui appartient essentiellement à tous les juges, et de l'exercice duquel ils ne sont comptables qu'à leur propre conscience, mais même que, bien loin de violer les dispositions de ce testament, elle leur a donné le sens le plus naturel et le plus conforme aux lois.

» D'une part, en effet, la loi 7, C. *de Fideicommissis*, nous dit en toutes lettres que le législateur abandonne à la conscience des juges les questions de volonté qui naissent des testamens : *voluntatis quæstio in æstimatione judicis est.* Et de là il suit nécessairement que, de quelque manière qu'une question de volonté soit jugée par un arrêt, il ne peut jamais en résulter contre cet arrêt une ouverture de cassation.

» D'un autre côté, qu'a dit la cour de Bruxelles pour déclarer le sieur Devisscher non recevable

Source : BIU Cujas

dans sa demande en paiement du Legs de 20,000 florins que lui avait fait le sieur de Gottignies fils? Une chose très simple : le sieur de Gottignies fils a reconnu, dans le préambule de son testament, l'obligation qui lui était imposée par celui de son père, de distribuer entre les descendans de Guillaume-Louis Devisscher, les biens compris dans la substitution; il y a même manifesté l'intention dans laquelle il était de se conformer à cette obligation. On doit donc croire qu'en léguant 20,000 florins à Ferdinand Devisscher, il n'a pense qu'à s'acquitter de cette obligation envers celui-ci. A la vérité, il savait bien qu'il ne s'en acquittait pas de la manière prescrite par son père, puisque la substitution créée par son père, portait sur des biens-fonds, et non sur des deniers; mais il croyait pouvoir s'en acquitter par equipollence, il croyait pouvoir donner de l'argent comptant au lieu de biens-fonds; et il le croyait si bien, que son testament même prouve qu'il pensait n'être tenu qu'à laisser les fonds substitués à des descendans quelconques de Guillaume-Louis Devisscher; il le croyait si bien, que, de son testament même, il résulte qu'il pensait avoir le droit d'exclure ceux des descendans de Guillaume Devisscher qu'il ne jugerait pas à propos d'appeler au partage. Qu'importe qu'il se soit mépris sur l'étendue de son pouvoir? Toujours est-il vrai qu'il n'a donné 20,000 florins à Ferdinand Devisscher, que pour se conformer, comme il l'a dit lui-même, à la volonté de son père, que pour remplir Ferdinand Devisscher de la part quelconque à laquelle celui-ci était appelé dans la substitution. Toujours est-il vrai, par conséquent, que Ferdinand Devisscher ne peut pas à la fois reclamer dans la substitution une part en nature, et recueillir le Legs qui ne lui a été assigné que pour en tenir lieu.

» Voilà ce qu'a dit la cour de Bruxelles; voilà ce que le conseil de Brabant avait jugé avant elle par ses deux arrêts du 24 janvier 1794; et certes, il n'était pas possible de raisonner avec plus de justesse.

» Il est certain que si Ferdinand Devisscher avait commencé par demander son Legs et se le faire payer, il aurait été non recevable à critiquer la disposition que le testateur avait faite de sa part dans les biens substitués..... (*V. ci-devant, page* 361, *col.* 2; *page* 362; *et page* 363, *col.* 1.)

» En voilà autant qu'il en faut pour détruire ce premier moyen de cassation du demandeur; et que devient, après cela, le deuxième?

» S'il était vrai, comme le prétend le demandeur, que la cour de Bruxelles a faussement appliqué les lois romaines qui déclarent indignes des libéralités des testateurs ceux qui ont combattu sa volonté, qu'aurions-nous à dire? Rien autre chose si ce n'est que la cour de Bruxelles aurait mal à propos ajouté au motif sage et judicieux qu'elle a tiré de l'interprétation du testament du sieur de Gottignies fils, un motif irréfléchi qu'elle a tiré des lois romaines concernant l'indignité des légataires? Et assurément son arrêt, pour être surabondamment basé sur un mauvais motif, n'en serait pas moins juste, n'en devrait pas moins être maintenu.

» Mais il y a plus, et vous allez voir que le second motif de l'arrêt attaqué est tout aussi conforme que le premier à l'esprit des lois de la matière.

» Sans doute, la cour de Bruxelles aurait fait une fausse application des lois relatives à la querelle d'inofficiosité, si, de ce que ces lois déclarent déchu de l'action ainsi appelée, le fils de famille a reçu un Legs en vertu du testament qui le déshérite, elle avait conclu que Ferdinand Devisscher s'était rendu, en attaquant le testament du sieur de Gottignies fils, indigne du Legs de 20,000 florins que cet acte lui assignait. Mais ce n'est pas sur ces lois, quoi qu'on en dise, que s'est fondée la cour de Bruxelles pour établir l'indignité de Ferdinand Devisscher : elle s'est bornée à dire « que Ferdinand Devisscher ayant demandé et obtenu une part absolue dans les biens substitués, il avait réellement impugné la volonté du testateur, en préférant la chose à la somme à lui léguée pour en tenir lieu, et s'était par-là privé du droit de réclamer les dispositions contenues en sa faveur dans le testament de Gottignies fils. » — La cour de Bruxelles n'a donc cité aucune loi; elle n'a donc pu en appliquer aucune à faux.

» Ce n'est pas au surplus qu'elle n'eût pu en citer deux qui sont à cet égard très positives.

» La première est la loi 55, §. 3, D. *ad senatus-consultum trebellianum*, où il est dit expressément que celui-là est indigne de recueillir les bienfaits du testateur, qui a méprisé quelques unes de ses dernières dispositions : *Cur enim non videretur indignus, ut qui destituit supremas defuncti preces, consequatur aliquid ex voluntate?*

» La seconde est le ch. 1er de la première novelle de Justinien..... (*V. ci-devant, page* 363, *col.* 2, *et pages* 364 *et* 365.)

» L'arrêt attaqué par le demandeur, est donc parfaitement d'accord avec la saine raison, comme il l'est avec l'esprit des lois romaines; eh! comment, d'après cela, pourriez-vous accueillir une requête tendante à ce qu'il soit cassé?

» C'est, dit le demandeur, que déjà la cour a rejeté les demandes en cassation de deux jugemens qui avaient décidé le contraire; c'est que, le 11 thermidor an 9, au rapport de M. Cassaigne, en cette section même, la requête des sieurs Devisscher-Celles, héritiers universels de Gottignies fils, en cassation du jugement rendu le 5 ventose an 8, par le tribunal civil du département de l'Escaut, en faveur de la dame Vandernoot-Duras, a été rejeté, *attendu que ce jugement n'a contrevenu à aucune loi;* c'est que, le 9 février dernier, au rapport de M. Chasle, la section civile a rejeté la requête des mêmes héritiers, en cassation d'un arrêt rendu par la cour de Bruxelles le 2 fructidor an 12, en faveur des sieurs Debrouchoven.

» Mais d'abord ces deux arrêts sont étrangers au

Source : BIU Cujas

demandeur : le demandeur n'a été partie ni dans l'un ni dans l'autre ; il ne peut donc tirer ni de l'un ni de l'autre une exception de chose jugée.

» Ensuite, il est vrai que, par votre arrêt du 11 thermidor an 9, vous avez rejeté la requête en cassation du jugement du tribunal civil de l'Escaut, du 5 ventose an 8 : mais dans cette requête, quels moyens les héritiers universels employaient-ils pour faire casser le jugement dont ils se plaignaient? Ils n'y employaient que de prétendus vices de forme : c'est un fait constant, et dont nous nous sommes assurés par nos propres yeux. Votre arrêt du 11 thermidor an 9 ne peut donc pas être ici invoqué, même comme simple autorité.

» Quant à l'arrêt de la section civile, du 9 février dernier, quoiqu'il aille plus loin, quoiqu'il déclare que Gottignies fils ayant disposé par erreur des biens substitués aux sieurs Debrouchoven, comme les croyant siens, et les sieurs Debrouchoven, n'ayant fait que revendiquer leur part dans ces biens, *sans litiguer ni combattre au surplus aucune des dispositions de son testament, on ne peut pas dire, que, dans une telle espèce, les lois romaines invoquées par les demandeurs* (les héritiers universels), *soient positivement applicables, ni qu'il y ait été contrevenu ;* il n'en faut cependant pas conclure que la section civile ait, en confirmant ainsi l'arrêt de la cour de Bruxelles du 2 fructidor an 12, rien préjugé contre l'arrêt de la même cour du 18 janvier 1806, dont il est en ce moment question.

» 1° L'arrêt du 18 janvier 1806 n'est pas seulement motivé, comme nous l'avons déjà dit, sur la maxime, que tout légataire se rend indigne de son Legs, par la résistance qu'il oppose aux dernières volontés de son bienfaiteur, c'est-à-dire, sur la maxime tirée des lois romaines auxquelles la section civile a jugé qu'il n'avait pas été contrevenu par l'arrêt du 2 fructidor an 12 ; il est encore basé, il l'est même en première ligne, il l'est principalement, sur une interprétation du testament de Gottignies fils, laquelle ne peut, sous aucun prétexte, donner prise à la cassation.

» 2° En disant que les lois romaines qui établissent l'indignité du légataire dans le cas dont il s'agit, n'étaient pas *positivement applicables* aux sieurs Debrouchoven, et qu'il n'y avait pas été fait de contravention capable d'entraîner la cassation de l'arrêt du 2 fructidor an 12, la section civile a-t-elle entendu que, si cet arrêt eût jugé dans le sens opposé à celui qu'il avait adopté, elle eût pu et dû le casser? Non assurément ; et nous pouvons au contraire affirmer qu'il n'y a eu, dans la section civile, qu'une voix sur le mal jugé de cet arrêt. Qu'a-t-elle donc entendu, en s'expliquant comme elle l'a fait? Elle a entendu que les lois romaines qui établissent l'indignité du légataire rebelle aux dernières volontés des testateurs, ne peuvent pas être invoquées comme moyen de cassation, par l'héritier chargé du paiement du Legs, parceque ce n'est pas au profit de l'héritier qu'elles établissent cette indignité, mais au profit du fisc ; et que lorsqu'un arrêt vient à déclarer que cette indignité n'est pas encourue au profit de l'héritier, il peut bien y avoir contravention à l'usage général qui, en cette matière, a transféré à l'héritier les droits du fisc ; mais qu'il n'y a pas et qu'il ne peut pas y avoir contravention aux lois romaines elles-mêmes.

» Enfin, messieurs, quelles sont les lois que le demandeur accuse la cour de Bruxelles d'avoir violées, par l'arrêt qu'il vous dénonce aujourd'hui? — Ce n'est pas la coutume de Bruxelles ; ce ne sont pas les ordonnances des anciens législateurs du Brabrant : il ne peut donc citer, et il ne cite en effet, comme violés par cet arrêt, que des textes du droit romain.

» Eh bien! supposons pour un moment qu'il existe entre le droit romain et cet arrêt, une véritable contrariété ; le demandeur pourra-t-il tirer de cette contrariété une ouverture de cassation? Bien évidemment il ne le pourrait qu'autant que les lois romaines auraient eu à Bruxelles, avant le Code Napoléon, une autorité véritablement législative... (*V. ci-devant, pages* 365, *col.* 2, *à* 369, *col.* 1.)

» Par toutes ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur, et de le condamner à l'amende ».

Arrêt du 14 juillet 1808, au rapport de M. Cassaigne, par lequel, — « Attendu qu'en décidant que le Legs de 20,000 florins a été fait à Ferdinand Dewisscher-d'Hove, dans la vue et en acquit de la substitution, la cour d'appel de Bruxelles n'a fait qu'interpréter une disposition dont l'appréciation lui était dévolue ; — Attendu qu'en jugeant que Ferdinand Dewisscher-d'Hove ayant demandé et obtenu sa part absolue dans les biens de la substitution, et ayant préféré la chose à la somme qui lui avait été léguée pour lui en tenir lieu, s'est par-là privé du droit de réclamer ladite somme, la cour d'appel n'a fait que se conformer à l'intention du testateur, par elle reconnue et constatée ; — Attendu enfin, qu'en interprétant le testament, et en admettant la fin de non recevoir de la manière qu'elle l'a fait, la cour d'appel n'a contrevenu à aucune loi ; — La cour rejette le pourvoi... »

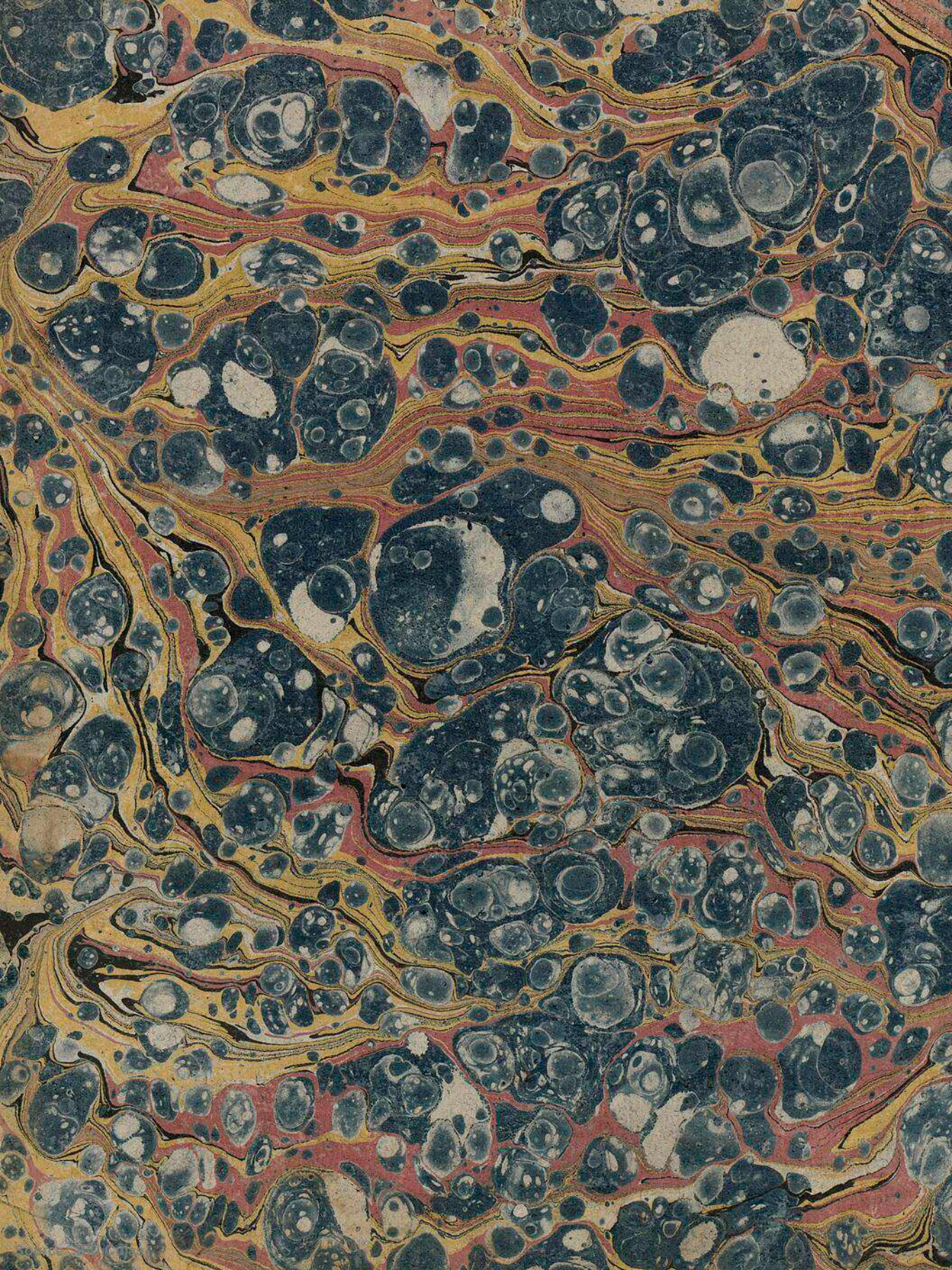
FIN DU TOME SEPTIÈME.

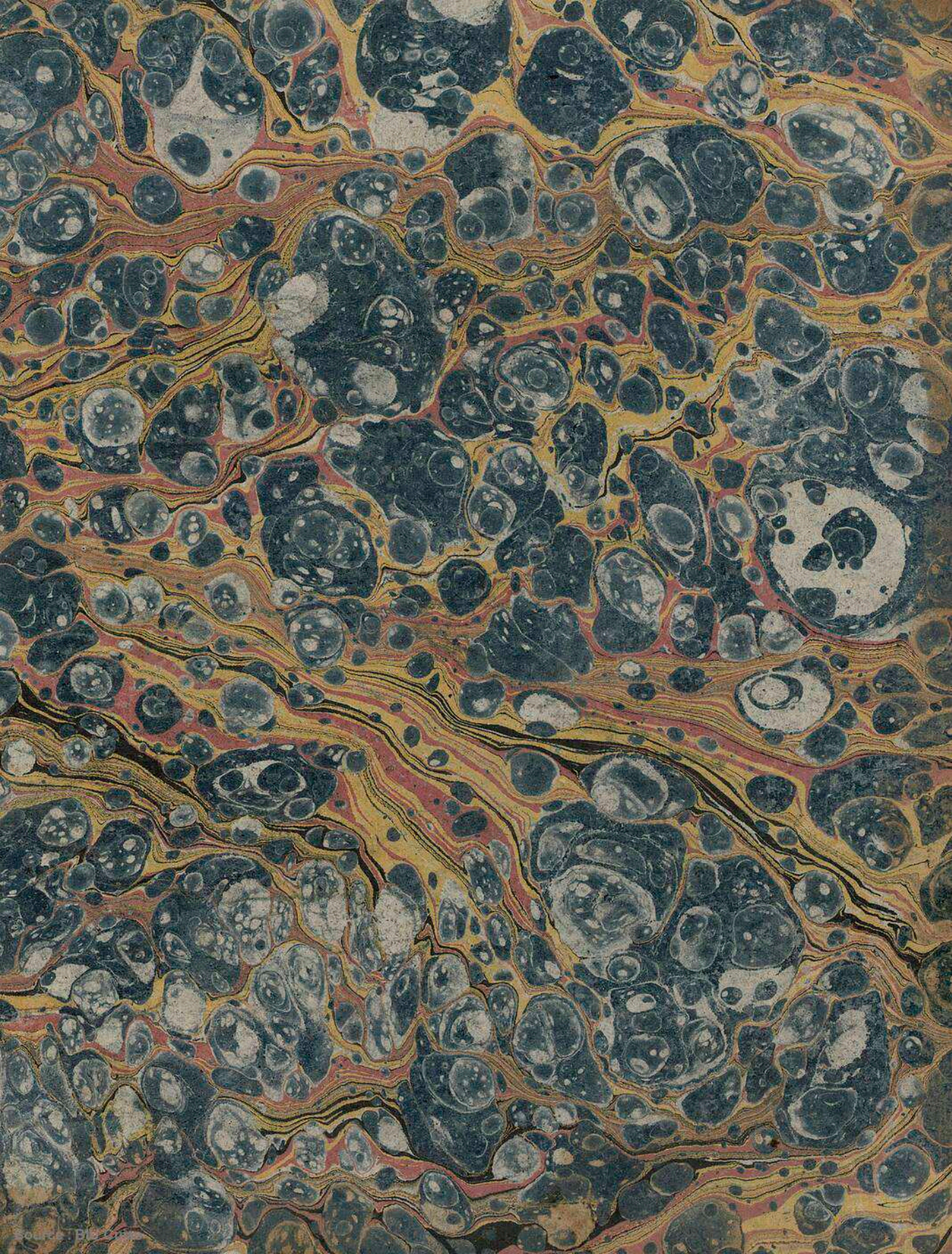
DE L'IMPRIMERIE DES FRÈRES MAME, RUE DU POT-DE-FER, N° 14.

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas







Source : BIU Cujas

13.182

RÉPERTOIRE
DE
JURISPRUDENCE



7





LEGITIM MAR

Source : BIU Cujas